

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

ANALYSE DE LA THÉORIE
DES
CONTRATS & OBLIGATIONS

EN DROIT CIVIL OTTOMAN

Envisagée dans ses applications les plus importantes

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue à Paris le 19 Juillet 1915

PAR

Sim. TOLÉDO

PRÉSIDENT : M. Albert WAHL, *Professeur*

SUFFRAGANTS { M. Henri CAPITANT, —
 { M. Adrien CARPENTIER, —

MONTPELLIER

IMPRIMERIE GÉNÉRALE DU MIDI

8, Boulevard Victor-Hugo, 8

1915



Digitized by the Internet Archive
in 2026

ANALYSE DE LA THÉORIE
DES
CONTRATS et OBLIGATIONS
EN DROIT CIVIL OTTOMAN

Envisagée dans ses applications les plus importantes

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

ANALYSE DE LA THÉORIE
DES
CONTRATS & OBLIGATIONS
EN DROIT CIVIL OTTOMAN
Envisagée dans ses applications les plus importantes

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(SCIENCES JURIDIQUES)

Présentée et soutenue à Paris le 19 Juillet 1915

PAR

Sim. TOLÉDO



« Il y a un idéal juridique..... dont
il faut chercher la source, non pas en l'air
dans la région pure des abstractions ration-
nelles, mais en bas dans la vérité historique
elle-même, et dans les transformations qu'elle
annonce et qu'elle prépare. »

Introduction

Raymond SALEILLES

PRÉSIDENT : M. Albert WAHL, *Professeur*
SUFFRAGANTS { M. Henri CAPITANT, —
 { M. Adrien CARPENTIER, —

MONTPELLIER
IMPRIMERIE GÉNÉRALE DU MIDI
8, Boulevard Victor-Hugo, 8

1915

INTRODUCTION

Un des traits principaux qui caractérisent les nations civilisées, c'est l'accroissement des besoins et la multiplication des échanges et des transactions entre leurs membres. Chez les peuples primitifs, les opérations d'échanges ne jouent qu'un rôle très restreint. Chaque famille, composée généralement de plusieurs membres, produit presque tout ce dont elle a besoin. Le contrat sous forme de troc est une opération à laquelle on se livre rarement et seulement à titre accessoire.

Mais, de nos jours, avec les progrès de la civilisation, avec les applications de plus en plus larges de la division du travail, par suite du développement des moyens de communications de plus en plus perfectionnés, et enfin en raison de l'extension des relations internationales, les opérations d'échanges sous forme de contrat ont acquis une importance capitale.

Aujourd'hui, l'objectif principal des grandes nations, c'est de conquérir de nouveaux débouchés,

d'assurer à leurs citoyens le droit de passer utilement le plus de marchés à l'intérieur et à l'extérieur du pays.

Malgré l'importance évidente que les contrats et obligations ont acquise de nos jours dans tous les pays, la législation relative à cette partie de l'activité nationale a été complètement négligée en Turquie, alors que l'Égypte et tous les autres pays musulmans soumis à la tutelle des Puissances européennes ainsi que les pays qui se sont détachés au cours du dernier siècle de l'Empire ottoman, ont déjà modelé leur législation sur les systèmes juridiques des grandes nations occidentales.

Indépendamment des raisons économiques et commerciales qui militent en faveur d'une révision complète du Code civil, les Capitulations, qui constituaient une si lourde entrave au développement des forces économiques de la nation, imposaient déjà, entre autres, la réforme de la théorie des contrats et obligations. En dépit de ces raisons majeures, la réalisation de cette réforme a été retardée, parce qu'elle ne présentait pas un intérêt politique susceptible d'attirer suffisamment l'attention des pouvoirs compétents, peut-être aussi parce que les nationaux participent dans une mesure relativement restreinte à l'activité commerciale et que les fortunes, le commerce et l'industrie se trouvent généralement entre les mains des étrangers établis en Turquie. Le man-

que d'initiative ainsi que la pénurie d'hommes compétents en la matière peuvent aussi être cités parmi les causes qui ont retardé la mise sur le chantier d'une pareille réforme. En effet, la plupart des jurisconsultes qui occupent de hautes fonctions judiciaires dans le pays considèrent le Code civil comme une institution purement nationale et absolument intangible. A leurs yeux, le droit est une science d'origine divine et non pas une science d'observation et, ainsi que nous allons le voir dans la suite de notre étude, la «porte de l'Idjtihad» étant définitivement close, en d'autres termes la libre recherche et l'investigation personnelle en matière juridique étant interdites, il n'y a lieu, affirment-ils, à aucune réforme du droit musulman.

D'autre part, bien que la science du droit ait été cultivée avec beaucoup de subtilité par les jurisconsultes arabes, ils ont poussé la logique, par une analyse excessive des conceptions juridiques, jusqu'au degré de la superstition. Comme ils cultivaient la science juridique parallèlement à la théologie, ils procédaient non pas par l'observation des faits, mais souvent par la dialectique et l'analyse logique des idées. Tandis qu'à Rome, grâce à la séparation du *jus* et du *fas*, les préteurs, avec leur remarquable esprit réaliste, ont su ériger le majestueux édifice de la jurisprudence romaine, léguant ainsi à l'humanité les conceptions juridiques les plus solides de la rai-

son, l'éducation théologique des jurisconsultes arabes a développé chez eux d'une façon immodérée, le goût des abstractions, exagéré le mépris des réalités contingentes de la vie, de sorte que, par une conséquence inévitable de cette conception, le Droit sacré, dans son évolution, ainsi que nous allons le voir, a été progressivement supplanté, dans beaucoup de pays musulmans, par le droit profane. Et s'il n'a pas été complètement oublié, c'est parce qu'il fait toujours partie intégrante du dogme religieux et qu'aux yeux des musulmans droit et religion ne font qu'un. Même de nos jours, c'est une idée très répandue, parmi les docteurs musulmans, qu'on ne peut pas être un bon juriste si l'on ne connaît pas la religion et, réciproquement, qu'on ne peut pas être un bon théologien si l'on ignore le droit.

Nous essayerons d'esquisser, à grands traits, la théorie des contrats et obligations dont les jurisconsultes musulmans se sont occupés principalement à propos de la vente. Le Médjellé également, a consacré son livre premier à ce contrat, sans doute, parce que chez les Arabes, comme chez tous les peuples primitifs, la vente a été le contrat le plus usuel, celui qui suffisait aux besoins économiques d'une civilisation naissante. Aussi, comme nous allons le voir, les principales théories relatives à la matière des obligations ont-elles été étudiées par les jurisconsultes musulmans à propos du contrat de vente.

Nous chercherons dans cette étude surtout à mettre en relief les imperfections et les lacunes du Médjellé pour justifier la réforme que nous préconisons dans notre conclusion. Nous constaterons notamment: qu'il renferme beaucoup de dispositions d'une importance capitale, qui sont cependant incompatibles avec les transformations économiques et sociales opérées en Orient depuis le siècle de Mahomet, qu'il se trouve, par conséquent, en contradiction avec les exigences du commerce et du crédit moderne ; qu'avec ses dispositions souvent impératives, il va à l'encontre du principe fondamental de l'autonomie de la volonté, sans qu'un intérêt d'ordre public soit en jeu, alors que les lois modernes tendent à faire prédominer de plus en plus la liberté des conventions ; qu'il va dans beaucoup de cas à l'encontre du principe d'équité, principe qui doit pourtant se trouver à la base de toute législation ; qu'il renferme beaucoup de règles purement spéculatives sous le joug desquelles il cherche à plier les relations juridiques des hommes, oubliant ainsi que le droit a pour but de faciliter et non pas d'entraver les transactions, de procurer aux hommes le maximum d'utilité et non pas d'empêcher l'accroissement des richesses.

Nous constaterons également, et ceci avant d'aborder l'étude proprement dite des règles du Médjellé, que la fermeture de la porte de l'Idjtihad est une

tentative irréalisable dans tous les temps et dans tous les pays, tentative qui a reçu le démenti le plus formel dans l'histoire de la jurisprudence judiciaire et administrative de la France, car, en réalité, ce n'est pas le droit qui fait vivre la société, c'est la société qui fait vivre le droit. Le droit a, pour ainsi dire, une double vie : l'une, populaire ; l'autre, technique ; la première domine la seconde. Ainsi, malgré la fermeture de la « porte de l'Idjtihad », le droit musulman n'a pas pu échapper à l'universelle et éternelle loi de l'évolution. Seulement cette évolution ne s'est faite qu'imparfaitement et d'une façon clandestine. En effet, il est impossible de retrouver dans le droit musulman toutes les institutions juridiques occidentales. Les unes, y sont insuffisamment développées ; les autres, n'y sont contenues qu'en germe, d'autres encore font totalement défaut. Cette lacune n'est pas sans exercer de fâcheuses répercussions au point de vue de la sécurité des transactions, du développement du commerce, du crédit et de l'industrie, qui ont tant besoin d'être encouragés en Turquie.

La Turquie possède un Code Civil (1), dont la promulgation, commencée en 1868, a été achevée en

(1) Le mariage, les successions, le testament, l'absence ont été laissés en dehors de ce Code, appelé Médjellé, qui comprend par contre les règles de procédure suivies par les tribunaux du Chéri. Pour la classification des tribunaux en Turquie, V. infra, p. 9, en note.

1876. Les sources fondamentales de ce Code sont présentées comme l'expression révélée de la volonté divine.

Pour bien marquer l'opinion religieuse et surnaturelle de ce Code, la rédaction en a été confiée, par ordre impérial, à une Commission composée uniquement de jurisconsultes musulmans et a été directement soumise à la sanction impériale sans passer par le Conseil d'Etat, unique organe législatif à cette époque.

Jusqu'au moment de la codification du Code, les juges consultaient certaines lois et règlements, et plus particulièrement différents traités de jurisprudence sacrée ; c'est là, et non pas dans le Coran, qu'ils allaient chercher la solution des litiges qui leur étaient soumis.

« Actuellement, disait la Commission de rédaction, dans son rapport, ce qui, dans l'Empire Ottoman, tient lieu de Code civil, c'est une série de lois et de règlements promulgués à différentes époques. Mais ces dispositions législatives n'étant pas suffisantes pour embrasser toutes les matières civiles, c'est la partie du Droit Sacré qui concerne les transactions générales, amplement suffisante pour répondre à tous les besoins, qui sert à les compléter. »

La Commission n'a pas fait œuvre de législateur à proprement parler, car la porte de l'Ijtihad étant depuis longtemps fermée, la libre recherche

et l'innovation, en matière juridique, sont interdites aux jurisconsultes contemporains. Tous les éléments, toutes les solutions du Code ont été empruntés à l'ancienne littérature juridique de l'école hanéfite (1). Le but de la codification était d'unifier la jurisprudence, de faire un choix parmi les solutions controversées et de mettre ainsi fin à l'arbitraire des juges, qui se heurtaient à beaucoup de difficultés dans le choix d'une solution entre les multiples opinions dissidentes.

Voici en quels termes la Commission de rédaction expliquait dans son rapport l'opportunité de la codification du Droit Sacré : « La Jurisprudence Sacrée, disait-elle, ressemble à une mer immense au fond de laquelle il faut aller chercher, au prix des plus grands efforts, les perles qu'elle recèle. On doit, en effet, posséder une grande expérience unie à une vaste érudition pour pouvoir puiser, dans le Droit Sacré, les solutions convenant à toutes les questions qui se présentent. Il en est surtout ainsi dans le rite ou école hanéfite, qui compte de nombreux commentateurs professant des opinions notablement divergentes entre elles et dont les doctrines n'ont pas été fixées et précisées comme celles du

(1) Rome a eu les Proculiens et les Sabinien. L'Islam a eu les Hanéfites, les Chafütes, les Malikites et les Hambélites. Pour plus de détails sur ces quatre écoles, v. *infra*, p. 40 et s.

rite ou école Chafite, en sorte que de nombreuses subdivisions et ramifications en ont rendu la connaissance et l'application difficiles. On peut donc se figurer quelle peine il faut se donner pour distinguer, au milieu de cette diversité d'opinions, la plus vraie d'entre elles, et en faire l'application à une espèce donnée.

A l'époque actuelle, les hautes compétences en matière de Droit Sacré deviennent de plus en plus rares, au point qu'il est difficile de trouver, non seulement des membres des tribunaux Nizamiés en état de recourir, au besoin, aux traités de jurisprudence sacrée pour dissiper leurs doutes, mais encore des Cādîs, en nombre suffisant pour tous les tribunaux du Chéri de l'Empire (1).

On ressentait donc, depuis longtemps, la nécessité d'un ouvrage réglementant les transactions en général sur la base du Droit Sacré, ne contenant que les opinions les moins contestées, les moins sujettes à controverse, et rédigé d'une manière suffisamment

(1) Dans l'Empire Ottoman il existe : 1° les tribunaux du Chéri statuant conformément aux règles du Chéri et ayant compétence en ce qui concerne les matières des successions, des testaments, du divorce et du wakf ; 2° les tribunaux Nizamiés comprenant les tribunaux civils, les tribunaux répressifs, les tribunaux de commerce ainsi que le tribunal mixte de commerce siégeant à Constantinople, dont la compétence s'étend à toutes les matières civiles et commerciales qui restent en dehors de la compétence des tribunaux du Chéri.

claire pour que chacun puisse facilement l'étudier et y conformer sa conduite et ses affaires.

C'est en exécution de la volonté impériale que, nous étant réunis au Conseil suprême de justice, nous avons consulté les œuvres les plus autorisées des jurisconsultes hanéfites, traitant de la partie du droit relatif aux transactions civiles; nous en avons extrait les règles concernant les transactions les plus usitées et les plus nécessaires à l'époque actuelle ; et, sous la dénomination de Médjellé, nous les avons réunies en ce recueil divisé en plusieurs livres que nous avons soumis à l'examen de son Altesse le Cheïk-ul-Islam.

Dans la rédaction du présent Code, nous ne sommes jamais sortis des limites de l'école hanéfitte, et les règles que nous y avons insérées sont, pour la plupart, actuellement en vigueur au Fetvahané (1).

Aussi, toute discussion à ce sujet devient inutile. Toutefois, parmi les opinions des jurisconsultes les plus autorisés du rite hanéfitte, quelques-unes étant moins rigoureuses et plus appropriées aux exigences de l'époque, c'est celles-là que nous avons adoptées. »

(1) La Fetvahané est une Chambre spéciale du Département du Cheïk-ul-Islam, composée de savants jurisconsultes, chargés de répondre par des décisions doctrinales aux questions juridiques posées par des particuliers, par les parties intéressées dans un procès et même par les autorités administratives et le Conseil d'État.

Ainsi, si l'idée de codification était très probablement suggérée par la tendance générale de codification qui a dominé dans tous les pays d'Europe pendant le siècle dernier, les sources qui ont servi de base à la rédaction du Code civil sont uniquement musulmanes. En conséquence, pour bien comprendre l'esprit du Code civil Ottoman, il est nécessaire d'en connaître d'abord les sources et d'analyser ensuite certaines de ses dispositions, telles qu'elles se trouvent dans les Livres du Droit Sacré.

Nous nous proposons, dans ce travail, d'étudier seulement certaines théories du Médjellé qui sont le plus en contradiction avec les exigences économiques et sociales modernes. En raison du cadre restreint de notre thèse, il nous sera naturellement impossible d'exposer toutes les parties du Médjellé qui vont à l'encontre des théories juridiques occidentales et dont l'application est de nature à mettre le désarroi dans les transactions commerciales. Cependant, le bon nombre des dispositions que nous allons analyser mettra suffisamment en évidence, croyons-nous, le caractère archaïque et insuffisant du Médjellé, ce qui nous permettra, dans notre conclusion, de préconiser une réforme complète de la théorie des contrats et obligations.

Après avoir exposé les anomalies du Médjellé, nous avons essayé, dans notre dernier chapitre, de mettre en évidence l'influence que les institutions

juridiques romaines ont exercée sur le droit musulman et notamment sur la théorie des obligations. Nous avons voulu, par là, démontrer que cette partie du droit sacré n'est pas, dans son origine, une production purement musulmane, comme on le croit généralement, et qu'il serait par conséquent logique de la compléter ou plutôt de la réformer complètement en ayant recours à sa source naturelle, c'est-à-dire aux législations occidentales issues des théories romaines, en tenant naturellement compte des modifications qui seraient nécessaires en raison des exigences du milieu oriental.

Comme conséquence inévitable de la volonté de réunir dans un volume relativement restreint différentes théories juridiques, notre travail n'aura pas l'unité et l'homogénéité que présenterait une thèse où l'auteur se propose d'étudier et d'approfondir une seule théorie. Nous ne pouvions pas suivre ce procédé, car notre objectif principal est de mettre en relief le plus de lacunes et d'imperfections possibles du Médjellé, afin de pouvoir conclure à une réforme radicale. L'examen d'une seule théorie ne nous aurait pas permis de tirer une pareille conclusion.

Signalons, enfin, que nous avons suivi, dans notre étude, à peu près le même ordre que celui des rédacteurs et des commentateurs du Médjellé, afin d'en respecter l'esprit et de montrer, par là aussi,

que ni les uns, ni les autres, à la différence des auteurs occidentaux, n'ont pas fait œuvre scientifique et méthodique.

Nota. — Les termes et expressions arabes seront reproduites selon la prononciation orientale.

Nota. — Ali Haïdar Effendi, président à la Cour de Cassation, professeur de droit civil à la Faculté de droit de Constantinople, est le commentateur le plus autorisé du Code Civil Ottoman. Son ouvrage, consulté par tous les juristes, praticiens et théoriciens, a été approuvé par le Département du Cheik-ul-Islam, Chambre des Fetwas comme étant conforme au Droit Sacré. Aussi ferons-nous, à la dernière édition de cet ouvrage (1330), de nombreux emprunts au cours de notre étude.

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE UNIQUE

SOURCES DE DROIT MUSULMAN

D'après les jurisconsultes musulmans, il existe quatre sources ou fondements sur lesquels repose la théorie du droit. Ce sont : le Coran, la Sunnah, l'Idjmâ et le Kiyâs.

PREMIÈRE SOURCE : *Le Coran*. — La première source du droit musulman, c'est le Coran contenant la Volonté divine communiquée à Mahomet par l'intermédiaire de l'Ange abriel dans une série de révélations, durant les vingt-cinq années de son activité prophétique.

Aux yeux de tous les musulmans, le Coran est la reproduction intégrale de la parole divine. Non seulement l'esprit, mais encore la lettre du Coran est authentique et révélée. C'est Dieu qui est censé parler dans le Coran en langue arabe. Mahomet, qui est considéré par tous les musulmans comme un illettré, n'a été que le porte-parole de Dieu. C'est pourquoi la citation par un musulman d'un passage du Coran

doit être précédée des mots : « Allah dit ». Le Coran aurait été révélé en langue arabe dans un style inimitable, dont le lyrisme ainsi que la perfection littéraire sont cités comme une preuve de son authenticité. Le texte en est réparti en 114 souras ou chapitres. Chaque chapitre se compose de plusieurs âyets ou versets, dont le nombre varie entre trois et trois cents environ. Un âyet se compose d'une ou de plusieurs phrases exprimant une pensée complète. Ce n'est qu'après la mort de Mahomet que les sourâs ont été rédigées et réunies sous un livre unique. Suivant une première opinion, ce serait le premier Kha-life Ebou-Bekr et selon une seconde version, ce serait Osman, le troisième Khalife, qui aurait fait procéder à la rédaction du Coran.

La classification des versets n'a pas été faite d'une façon méthodique. Les Arabes, qui ont un goût marqué pour les sciences mathématiques, ont introduit dans leurs habitudes peu de méthode et de symétrie. Aussi les textes du Coran ne sont-ils rangés ni par l'ordre chronologique de leur révélation ni par la nature des matières qui y sont traitées. Ainsi par exemple, la sourâ qui a été révélée la première y est classée la 96^e.

Quant aux passages relatifs aux questions juridiques, ils se trouvent confondus au milieu des prescriptions concernant la religion, la morale, l'hygiène, etc.

En réalité, les différentes prescriptions du Coran n'ont pas été inspirées par les mêmes préoccupations et ne pouvaient, par conséquent, se prêter à une classification méthodique et cohérente, comme celle qui est suivie, par exemple, dans un manuel ou traité de droit.

Jusqu'à l'époque de leur rédaction, les parties constitutives du Coran se sont transmises de bouche en bouche par la tradition orale, ce qui était relativement facile, car l'enseignement et l'instruction à cette époque se faisaient exclusivement par la voie orale (1).

Si la tradition orale a été primitivement le mode normal de transmissions des révélations divines, on avait certainement, à côté d'elle, recouru à l'écriture, dans le but de faciliter la conservation et le souvenir des enseignements reçus oralement. Dès les premiers temps de l'Islamisme, quelques-uns des compagnons du Prophète ont noté par écrit, mais sur des simples feuilles volantes ou papyrus, les communications de Mahomet, pour un usage personnel sans aucun but de publicité.

« Le procédé de la tradition orale, dit M. Houdas (2), peut paraître singulier, cependant il s'explique très bien par le système graphique encore en

1. Ibn-Khaldoun, *Prolegomènes*, T. III, p. 303.

(2) *L'Islamisme*, p. 101.

usage parmi les Arabes. Au lieu d'écrire tous les éléments phonétiques des mots, ils se contentent d'en tracer les consonnes. Le lecteur est donc obligé de suppléer aux voyelles brèves qui font défaut et, bien que la grammaire soit là pour fixer les voyelles d'une façon générale, il arrive souvent qu'un même groupe puisse se lire avec des voyelles différentes et provoque des sons qui n'ont aucun rapport entre eux (1). Sans doute, un rédacteur habile aurait évité presque toutes les amphibologies qui peuvent résulter d'un tel système, mais alors il eut été entraîné à modifier la forme orale primitive qui, elle, ne présentait aucune ambiguïté, puisqu'elle faisait entendre tous les sons sans exception, aussi bien les voyelles que les consonnes. Et ce premier changement risquait d'en amener d'autres, tenté qu'aurait été l'écrivain d'enjoliver son style sans avoir un respect suffisant pour l'exactitude de la pensée. »

Ainsi s'explique la coutume de transmettre verbalement les révélations divines ; mais les Arabes ont été vite obligés d'abandonner cette habitude, de crainte de voir disparaître dans les guerres le nombre de ceux qui connaissaient le Coran par cœur (2).

Cette tradition n'a pas disparu complètement, elle

1. La langue arabe s'écrivait dans les premiers temps sans voyelles et sans points. Ibn-Khaldoun. *Op. cit.* Tom. III, p. 303.

2. Sawas Pacha, *Théorie du droit musulman*, 1^{re} partie, p. 23.

s'est perpétuée jusqu'à nos jours. Les étudiants en théologie apprennent par cœur le texte du Coran d'un bout à l'autre pour se dire « hafiz. »

Les prescriptions diverses d'ordre juridique insérées dans le Livre Saint sont loin de présenter le caractère d'une règle de droit ou d'un article de Code. Ce sont, en général, des réflexions suggérées par des circonstances particulières ou des décisions provoquées par des consultations sur des espèces concrètes, des conflits réels. On s'adressait à Mahomet non pas pour lui demander l'application d'une norme juridique, mais pour solliciter de lui la loi elle-même, de sorte que le Prophète réunissait le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire. On était encore bien loin de la séparation des pouvoirs. Plus tard, cette confusion s'est faite entre la doctrine et la jurisprudence. Les jurisconsultes, que la coutume considérait, en général, comme des juges, étaient appelés, d'une part, à donner la solution des espèces concrètes, des conflits réels ; de l'autre, à résoudre des procès imaginaires, de pures hypothèses. Cette double qualité contribuait à donner un essor considérable à leur activité juridique.

D'autre part, les passages coraniques relatifs au droit sont très peu nombreux et ont souvent la forme de déclaration de principe, comme dans une Constitution.

Malgré la pauvreté du Coran en règles juridiques,

plusieurs juristes théologiens, se fondant sur certains passages du Coran, sont allés jusqu'à prétendre qu'on doit y trouver les solutions de toutes les questions juridiques, religieuses ou autres.

Voici le passage du Coran sur lequel a été fondée cette assertion : « Dieu a dit à Mahomet : nous t'avons envoyé ce livre pour tout éclairer (1). »

« Dans les ténèbres de la terre, il n'existe pas un grain frais ou sec dont il n'ait été fait mention dans le Livre Saint (2). »

Dans une autre sourâ, Dieu aurait dit : « Nous n'avons rien omis dans ce Livre ». Par conséquent, ces mêmes juristes théologiens pensaient que, s'il y a des cas pour lesquels le Coran ne contient pas de décision directe et claire, prévue d'avance, on peut au moins en trouver d'analogues (3).

Quoi qu'il en soit, de nos jours, bien que le Coran soit considéré comme la source fondamentale du droit musulman, aucun juge n'est autorisé à interpréter de son propre chef le Coran, ni à le prendre directement comme base de la solution juridique du litige qui lui a été soumis. Mahomet lui-même a défendu l'interprétation du Coran par l'opinion personnelle sous peine de commettre un péché grave (4).

(1) *Coran*, vi, 91.

2 vi, 59.

3 *Journal asiatique*, 4^e série, T. 15, 1850, p. 194.

4 Sawas Pacha, *Op. cit.* II^e partie, p. 107.

En réalité, le Coran, en ce qui concerne, du moins, ses prescriptions d'ordre juridique, peut être considéré comme l'expression des usages préislamiques des Arabes, au même titre que la loi des XII Tables constitue l'ensemble des coutumes primitives des Romains (1).

Cependant, Mahomet a introduit chez les Arabes certaines innovations d'ordre juridique. Ainsi, par exemple, le sort de la femme, qui était considérée jusque-là plutôt comme une chose que comme une personne, a été singulièrement amélioré ; l'ordre successoral antérieur a été modifié et la femme, ainsi que les parents par la femme exclus jusque-là, y ont été introduits.

Le Prophète a, en outre, garanti à la femme le droit de propriété sur les biens qu'elle pourrait acquérir par son travail ou par voie de succession. Il lui a accordé le droit de disposer librement de ses biens sans qu'aucune autorisation maritale ou judiciaire lui soit nécessaire. On pourrait voir dans ce régime libéral une conséquence de la polygamie, autorisée par l'Islam.

Le Coran n'est pas allé jusqu'à l'abolition de l'esclavage, l'une des principales sources de richesse des Anciens, ce qui aurait voué la tentative de réforme

1) V. Lambert, *la Fonction du Droit Civil comparé*, p. 294 et 295.

à un échec certain ; mais il a vivement encouragé les affranchissements en accordant au maître affranchisseur des faveurs comme récompense. La libération d'un esclave est au même titre que le jeûne et l'aumône un des principaux moyens de racheter ses péchés.

A l'exemple des autres prophètes, Mahomet a interdit le ribâ ou intérêt sous toutes ses formes, si minime qu'il soit (1). Il a voulu réagir par là contre les abus répandus chez les Arabes au début de l'Islamisme. Il a interdit la *lex commissoria* en matière de gage.

Toutes ces innovations ont généralement été introduites par voie de décisions d'espèces, qui n'ont pas été, du reste, exemptes de fluctuations et d'incertitude. Sous l'empire de l'opinion publique, Mahomet a modifié plus d'une fois des réformes antérieures. Plus d'une mesure prématurée, dit Lambert (2), a dû être rapportée par Allah, plus d'une fois, une révélation nouvelle est venue corriger ou détruire les effets d'une révélation ancienne... D'autre part, la jurisprudence du Prophète est demeurée incertaine ou

(1) L'intérêt est interdit non seulement par rapport aux métaux précieux, mais aussi par rapport aux choses fongibles. La loi musulmane défend le prêt de choses fongibles avec stipulation d'en recevoir une quantité supérieure, sans avoir à distinguer la qualité et l'espèce des choses prêtées.

2. *Op. cit.*, p. 303

contradictoire à l'égard de quelques-uns des problèmes juridiques les plus fréquemment agités de son temps. C'est ainsi que son attitude, en ce qui concerne cette forme de mariage temporaire, si développé dans les tribus arabes contemporaines de l'Hégire, qu'on appelle la mutâ, les hésitations que lui prêtent les traditions entre la tolérance et la prohibition de cet usage encore vivace chez les Persans de nos jours, ont provoqué sur ce point une scission entre les Schi-ites et les Sunnites, les premiers continuant à pratiquer la mutâ, tandis que les seconds la réprouvent. »

Le procédé de corriger une révélation antérieure par une révélation postérieure, s'appelle (Nesh) ou abrogation. Pour démontrer la légitimité de l'abrogation, les théologiens s'appuient sur le verset suivant : « Nous l'enverrons, au lieu de ce que nous annulons ou de ce que nous te ferons oublier, quelque chose de meilleur ou de semblable. »

Le procédé de l'abrogation a été une source de divergences entre les théologiens. Une des principales causes de ces divergences réside dans la difficulté de discerner les révélations les plus anciennes des plus récentes, la classification des textes du Coran n'ayant pas été faite suivant l'ordre chronologique de leur communication par l'Ange Gabriel.

On peut dire qu'à partir du moment où le Prophète a inauguré le procédé du Nesh, une espèce de

jurisprudence prétorienne commence à se dessiner à côté du droit coranique pour élargir et assouplir les cadres de celui-ci. Ce mouvement prétorien va grandir peu à peu, au fur et à mesure que le nombre de musulmans devient imposant, que les besoins nouveaux se font sentir par suite des conquêtes, et enfin, à mesure que s'exerce l'influence de la culture grecque et du droit romain en Syrie.

Le Prophète, pour répondre aux divergences qui se produisaient entre ses disciples, et pour trancher les difficultés qui se présentaient dans une société devenue plus nombreuse, n'a pas eu toujours recours à de nouvelles révélations, « il semble avoir pris conscience, dit M. Lambert, à partir du moment où son activité judiciaire est devenue plus intense, des inconvénients que présentaient ces revirements de jurisprudence, des doutes qu'ils risquaient de faire naître dans l'esprit des fidèles. Si l'on en croit les traditions musulmanes, il aurait cherché dans les dernières années de sa vie à restreindre le plus possible l'emploi de l'oracle judiciaire (1). » Aussi Mahomet s'est-il trouvé dans l'obligation de combler les lacunes du Coran par ses propres paroles, qui sont considérées comme la seconde source du droit musulman.

1 Lambert, *op. cit.*, p. 303 et 304

SECONDE SOURCE : c'est la *Sunnah*. — La *Sunnah*, que l'on traduit souvent par tradition prophétique, comprend trois groupes de traditions suivant qu'il s'agit : 1° des paroles du Prophète par lesquelles il aurait ordonné ou interdit, permis ou défendu quelque chose ; 2° suivant qu'il s'agit des actions du Prophète qui ont servi d'exemple à ses adeptes ; 3° suivant qu'il s'agit enfin du silence de Mahomet, ce qui est considéré comme une approbation tacite de paroles ou d'actes exprimés et accomplis en sa présence, ou d'usages répandus de son temps. On emploie le mot *hadis* pour désigner généralement le premier chef, c'est-à-dire les paroles du Prophète.

Inspiré par Dieu, Mahomet ne pouvait faire que des choses permises et parfaites. Du reste, le Livre Saint aurait déclaré à plusieurs reprises qu'il n'y a pas de meilleur modèle à imiter que l'Envoyé de Dieu : *Coran* XXXIII, 21. « Vous avez un excellent exemple dans l'Envoyé de Dieu, un exemple pour tous ceux qui espèrent en Dieu et croient au jour dernier » ; et ailleurs, IV, 62 : « O croyants ! obéissez à Dieu, obéissez à l'Envoyé et à ceux d'entre vous qui exercent l'autorité ; si vous n'êtes pas d'accord sur une chose, consultez le *Coran* et le Prophète. »

Outre ces preuves directes en faveur de la nécessité de recourir aux traditions du Prophète comme seconde source de droit, les juristes Arabes trouvent aussi une preuve indirecte dans les passages obs-

curs du Livre Saint. En effet, disent-ils, le Coran contient plusieurs prescriptions qui seraient inintelligibles si elles n'étaient pas complétées par l'enseignement ou l'exemple personnel du Prophète. Donc, Dieu lui-même a laissé à son Envoyé le soin de compléter ses ordres. Cependant le Coran contient certains passages qui sont défavorables à cette doctrine. Ainsi (Coran, III, 123 : « Toi, Mahomet, tu n'as aucune part à la puissance » ; et ailleurs, V, 5 : « Aujourd'hui, j'ai parfait pour vous votre religion. »

Aussi y a-t-il eu au début de l'Islam des juristes théologiens qui, suivant les nécessités pratiques du moment, selon les besoins de leur cause, se sont servis de ces passages pour rejeter les traditions du Prophète et pour justifier leurs allégations.

Quoi qu'il en soit, la doctrine qui considère la tradition prophétique comme légitime a triomphé, d'abord parce qu'elle est plus conforme à l'évolution, c'est-à-dire parce qu'elle répondait aux besoins du perfectionnement des règles juridiques, et aussi parce qu'elle a trouvé un appui dans les tendances naturelles de l'homme. En effet, les hommes regardent toujours comme un être supérieur celui qui les domine moralement. Inspirés d'un certain respect envers le Prophète, ses adeptes le voyaient naturellement entouré de toutes les perfections. Ils s'efforçaient, par une tendance naturelle, de lui ressembler sur tous les rapports. C'est par un esprit d'imitation

que les hommes agissent ainsi. Les enfants se modèlent sur leur père, les élèves sur leur maître, et cela parce qu'ils les regardent comme des êtres sans défauts. Ainsi s'explique l'autorité qui s'attache à la tradition du Prophète.

L'action créatrice de la Sunnah dans le domaine du droit n'est d'abord qu'une conséquence nécessaire et plus tard qu'un prolongement naturel de la fonction judiciaire du prophète, car après sa mort, pendant longtemps, les juristes et les théologiens ont trouvé dans la Sunnah un instrument pour mettre dans la bouche du Prophète lui-même leurs propres décisions, les conceptions religieuses, morales ou juridiques, dont ils désiraient le triomphe. Le caractère pieux du but qu'ils poursuivaient suffisait naturellement pour justifier les moyens employés pour y arriver.(1).

Les hadis du Prophète, comme le Coran lui-même et pour les mêmes raisons, ont été transmis de bouche en bouche verbalement. Les détenteurs des hadis ne recouraient à l'écriture que rarement et accessoirement, seulement pour aider la mémoire. Ce n'est qu'après la mort du Prophète et dans les premiers siècles de l'Islamisme, qu'on a procédé à la rédaction des hadis en ayant soin d'éliminer ceux qui n'étaient

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 320, 321, 322, *Revue de l'Histoire des Religions*, T. 37, 1888, p. 3.

pas authentiques et qui paraissaient avoir été inventés pour les besoins d'une cause.

Au moment de la rédaction, on a considéré un hadis comme authentique, lorsque le rapporteur pouvait citer le nom de tous ceux qui le lui avaient successivement transmis oralement, en remontant jusqu'au Prophète. Cette suite de rapporteurs successifs de hadis forme ce qu'on appelle son « Isnad » ou appui. Au début, les adeptes d'une école juridique ne considéraient comme authentique que le hadis dont le « metn », c'est-à-dire le texte, était conforme à leur doctrine. Ainsi s'est formé au début, pour chaque rite, un groupe, une collection de traditions ou hadis n'ayant d'autorité que dans un cercle restreint. Ce n'est que plus tard que deux célèbres collectionneurs, Bouhârî et Muslim, sont arrivés à donner à leur recueil une autorité universelle. Ces deux recueils, avec quatre autres moins célèbres, forment les « six livres (C'abihs » (authentiques) des hadis.

Ces recueils doivent leur préférence et leur célébrité à l'autorité de leurs auteurs, au choix heureux et conciliant qu'ils ont su faire parmi les nombreux hadis parvenus à leur connaissance et enfin à la clarté du style et aux explications bien appropriées qui y ont été ajoutées.

Bouhârî déclare qu'il n'a pu retenir dans son recueil que 7.000 traditions environs sur 600.000 qu'il avait connues.

Il existe cependant un groupe de dissidents, qu'on appelle Schi-ites, qui se refusent à admettre absolument la valeur religieuse des hadis ; ils les considèrent comme apocryphes et n'en tiennent aucun compte. Ceux qui croient à l'authenticité des traditions s'appelle Sunnites. Cette divergence constitue une des principales causes de l'antagonisme existant entre Sunnites et Schi-ites.

La Sunnah impose des obligations aussi absolues que les préceptes émanés directement de Dieu. Au même titre que le Coran, elle constitue une source fondamentale du roit Sacré. Comme elle a servi à combler les lacunes du Coran, à en corriger ou à en paralyser les dispositions, on est arrivé à admettre la maxime d'après laquelle, c'est la Sunnah qui juge le Coran et non le Coran la Sunnah.

Les hadis renferment un grand nombre de prescriptions du Prophète sur les questions relatives à la morale, à l'hygiène, au droit et à la religion. Ce vaste ensemble de pensées, à l'instar du Coran lui-même, est loin d'avoir la forme d'un texte législatif. Les hadis ayant le caractère d'un article de Code, tels que le hadis : « La preuve incombe au demandeur et le serment à celui qui dénie », règle qui est devenue l'art. 76 du Code civil ottoman, sont extrêmement rares.

Bien que le texte du hadis soit rédigé dans des termes plus intelligibles et moins laconiques que le

Coran, ils ont été soumis à un travail de préparation comme le Coran lui-même par les jurisconsultes théologiens. Ces derniers ont élaboré une méthode dite Oussoul, qui a pour objet de fixer les règles à l'aide desquelles on déduit du Coran et de la Sunnah les règles du droit musulman.

Une des dispositions de l'art. 1108 du Code civil, en vertu de laquelle la perte du gage entraîne l'extinction de la créance garantie, se rattache au hadis suivant : « Mahomet aurait dit : lorsqu'un cheval donné en nantissement pérît entre les mains du créancier gagiste, celui-ci perd son droit » (1). C'est par un hadis également que Mahomet a prohibé le pacte commissoire en matière de gage, pacte qui était très usité chez les Arabes jusqu'à l'avènement de l'Islamisme. D'après ce hadis, la clause qui autorise le créancier à garder en toute propriété le gage en règlement de la dette, en cas de non payement, est nulle sans que le contrat de gage soit atteint de cette nullité (2). Ce hadis était une conséquence nécessaire de la prohibition de l'intérêt décrétée par le Coran. Il est à remarquer qu'à cette époque, c'est-à-dire au VII^e siècle de l'ère chrétienne, la *lex commissorica* en matière de gage était déjà prohibée par le droit de Justinien.

(1) V. Haïdar Effendi, *Commentaire du Medjellé*, T. II, p. 333

2 Haïdar, T. II, p. 310.

Voici un autre hadis relatif aux contrats et obligations : « L'acheteur et le vendeur peuvent, l'un et l'autre, annuler la vente aussi longtemps que le Conseil de vente, c'est-à-dire la réunion des parties, n'est pas dissoute » ; autrement dit, les parties contractantes ont la faculté de se dédire, même après qu'elles sont tombées d'accord, tant que le Conseil de vente n'est pas encore dissous (1).

Les juristes appartenant à l'une des quatre écoles juridiques du droit musulman s'attachent tellement à la lettre de ce hadis, qu'ils considèrent comme nul le contrat de vente accompagné d'une clause contraire, les parties ne pouvant pas renoncer d'avance à la faculté de se dédire dans le Conseil de vente. C'est là une bizarrerie juridique, incompatible avec le principe de l'autonomie de la volonté, que l'on rencontre très souvent en droit musulman.

Ce hadis, si bizarre soit-il, n'est autre chose que l'expression des usages orientaux qui se sont perpétués jusqu'à nos jours. En effet, aujourd'hui, la moindre transaction en Orient est souvent précédée de longs pourparlers. On marchandé, on vante la marchandise, on cherche à se jeter réciproquement de la poudre aux yeux et généralement, c'est lorsque les parties se quittent que le contrat devient définitif.

(1) Haïdar, T. I, p. 66 et 253.

Cet exemple montre qu'en réalité le second fondement du droit musulman n'est encore autre chose que la consécration de la coutume.

TROISIÈME SOURCE. — Nous avons dit que très peu de versets du Coran contiennent des prescriptions juridiques, et encore faut-il les soumettre à un travail préparatoire pour servir de base aux règles de droit. Aussi l'évolution a bientôt fait intervenir la tradition du Prophète comme complément du Livre Saint. Mais il a fallu plus tard découvrir un procédé pour expliquer ces traditions, car il était difficile de faire usage dans la pratique des traditions qui se chiffraient par centaines de mille et parmi lesquelles les incertitudes et les contradictions résultant des abrogations étaient nombreuses. D'autre part, des cas non prévus par le Coran ni par la Sunnah imposaient une interprétation de cette tradition dans un esprit conforme aux exigences du moment. Ce fut l'Idjmâ ou Accord de la communauté, fondé sur le dogme de l'infaillibilité de la nation, qui joua ce rôle. C'est pourquoi l'Idjmâ est considérée comme le troisième fondement du Droit Sacré. Dès lors, l'importance pratique de l'Idjmâ par rapport au Coran et à la Sunnah apparaît nettement. La valeur juridique de l'Idjmâ est, en effet, supérieure à celle de la tradition, d'abord parce que la pratique de l'Idjmâ échappe aux causes de faillibilité qui pèsent sur le

rapporteur des hadis, ainsi qu'à l'obscurité et à l'incertitude de ces derniers. D'autre part, Mahomet lui-même aurait déclaré que sa communauté ne s'accorderait jamais sur une erreur. Pour cette double raison, l'Idjmâ, en pratique, l'emporte sur les deux autres sources. Ainsi les juges, en cas de silence du Code civil sur un point juridique quelconque, s'adressent aux livres de Fiqh, qui contiennent les solutions juridiques consacrées par l'Idjmâ, afin d'y puiser les éléments des décisions qu'ils doivent rendre. Le Coran et la Sunnah sont donc relégués au second plan et deviennent les « sources historiques » du Droit Sacré.

L'accord, pour être valable doit être unanime. Cette unanimité s'entend des jurisconsultes seulement et non pas de la nation toute entière, ce qui serait pratiquement irréalisable. Aussi, a-t-on défini l'Idjmâ comme suit : c'est l'accord des savants d'une époque déterminée sur une solution juridique. La masse incompétente des croyants est exclue de l'Idjmâ et l'unanimité nationale à laquelle fait allusion l'expression Idjmâ-i-Ummet est illusoire.

L'unanimité des savants jurisconsultes peut se manifester d'une façon expresse ou tacite. Il y a unanimité expresse quand tous les jurisconsultes adoptent une solution à l'unanimité. Il y a accord avec unanimité tacite lorsqu'une solution a été adoptée par quelques savants sans qu'aucune opposition se

soit produite. Dans les deux cas, la valeur juridique de l'Idjmâ reste la même.

Le but poursuivi en subordonnant la légalité de l'Idjmâ à une espèce de collaboration, à l'unanimité, était d'éviter de se mettre en contradiction flagrante avec les deux premières sources.

Bien que les auteurs du Droit Sacré prêtent un caractère surnaturel à l'Idjmâ (1), en réalité, celle-ci n'est qu'un mode de production juridique par voie jurisprudentielle ou plus exactement par voie coutumière, au même titre que le Coran et la Sunnah, puisque l'accord auquel fait allusion l'Idjmâ n'est que l'unanimité expresse ou tacite des savants jurisconsultes qui ne faisaient, à l'origine, que consacrer très souvent les usages préexistants. Les deux premiers fondements du droit musulman également ne sont des sources juridiques qu'en tant qu'ils consacrent les usages préexistants. Nous avons cité un hadis qui paraîtrait aujourd'hui une bizarrerie juridique et qui, cependant, n'était que l'expression d'un usage placé sous l'autorité divine.

Dans l'Idjmâ, également, le rôle des jurisconsultes consiste simplement à révéler les aspirations de la pratique, à faciliter l'éclosion des créations de la vie juridique. « Les Codes des peuples se font avec le

(1) Sawas Pacha.

temps ; à proprement parler, on ne les fait pas (1). »
« Le droit est la résultante des besoins sociaux, le produit des forces intérieures et silencieuses (2) ». Ces formules sont et demeureront vraies pour tous les temps, et pour tous les milieux. Seulement les juristes Arabes, en raison même de l'alliance intime établie entre le droit et la religion, n'ont pas toujours été guidés par l'observation de la société ; ils ont été influencés par la métaphysique et par la prédominance des idées *à priori*, les fantaisies de la raison, de sorte qu'ils sont arrivés à détourner du chemin de l'évolution les normes juridiques engendrées par la vie pratique et à verser quelquefois dans l'utopie.

QUATRIÈME SOURCE : *Le Kiyâs*. — Un des procédés auquel les jurisconsultes musulmans ont eu recours pour mettre le Droit Sacré au niveau des exigences nouvelles, ce fut le Kiyâs, c'est-à-dire le jugement par analogie, que l'on a considéré dans la suite comme la quatrième source du droit mahométan. A proprement parler, le Kiyâs ne constitue pas une source juridique. En réalité, avant que le Kiyâs ne soit considéré comme une source du Droit Sacré, les

(1) Portalis, *Discours préliminaire sur le projet du Code Civil* (*Recueil de Fenet*, T. I, p. 476).

(2) Charmont, *La Renaissance du droit naturel*, p. 77.

savants, dont les décisions constituaient l'Idjmâ, procédaient par voie d'analogie, dès qu'un texte sacré était incapable de donner une solution aux questions juridiques nouvelles. Si le Kiyâs a fini par prendre rang parmi les fondements classiques du droit, à côté du Coran, de la Sunnah et de l'Idjmâ, c'est parce que la légitimité de son application a été contestée et qu'il a été l'objet de violentes attaques de la part des théologiens dissidents (1). Les jurisconsultes libéraux ont rangé le Kiyâs parmi les sources du droit pour le mettre à l'abri de nouvelles attaques.

La pratique de la déduction analogique s'est donc imposée dès que les pays musulmans étendirent leurs frontières. A partir de cette époque, deux écoles se fondèrent dans le droit musulman : la première, fut celle des docteurs de l'Irak, dont le chef fut Ebou-hanifé (2) (80-150 de l'Hégire); la seconde, était celle de Hidjas qui avait comme chef l'Imam-i-Malik (94-179 h.). Ces deux écoles diffèrent par leurs tendances et par les principes qui les ont guidés dans leurs recherches. Celle d'Ebou-hanifé se distingue par son caractère relativement libéral. Ayant pris naissance dans un milieu directement ouvert à l'in-

(1) *Revue de l'Histoire des Religions*, T. 37, 1898, p. 185.

(2) C'est le plus grand jurisconsulte musulman. Parmi ses disciples on distingue surtout l'Imam-i-Ebou-Yousseuf (113-182 h.) et l'Imam-i-Mohammed.

fluence de la civilisation ramano-byzantine, elle chercha à faire plus fréquemment usage du raisonnement par analogie et même du raisonnement tout à fait indépendant des textes. Elle avait relativement plus de culte pour ce qui est conforme à l'équité et aux besoins de la société. Sous l'influence des besoins locaux, elle cherchait à réagir contre la tyrannie de la tradition qui se trouvait en opposition avec les exigences économiques de l'Irak.

L'école de Malik, dont le siège se trouvait à Médine, foyer de la religion musulmane, était naturellement conservatrice. Les juristes Malikites s'appuyaient principalement sur les indications fournies par les traditions prophétiques. Aussi les appelait-on traditionnalites par opposition aux savants de l'Irak, qu'on appelait « gens du raisonnement ». La plupart des adeptes malikites étaient, d'ailleurs, des gens habitués aux usages de la vie nomade et, par conséquent, ignorant tous les besoins d'une civilisation plus avancée.

Il y a eu plus tard deux autres écoles, celle de l'Imam-i-Chafii (150-204 h.) et celle de l'Imam-i-Hambel (164-241 h.).

L'école Chafiiite constitue une doctrine intermédiaire entre les deux premières écoles, elle est libérale, mais d'une tournure plus religieuse que la doctrine hanéfiite. Elle cherchait à dissimuler sous un aspect religieux les nouvelles constructions juridi-

ques suggérées par l'influence des populations plus avancées. Pour atteindre ce but, elle plaçait les créations nouvelles sous le patronage de la Sunnah, et ceci avec la meilleure foi du monde et avec la plus pieuse intention.

La dernière des quatre écoles, c'est-à-dire celle qui est fondée par l'Imam-i-Hambel est le résultat d'une réaction contre les tendances progressistes manifestée par les autres jurisconsultes. Les divergences politiques ne sont pas étrangères à cette réaction (1). Elle se distingue des autres écoles par le soin qu'elle met à respecter la lettre des traditions en rejetant nettement le raisonnement par analogie.

L'influence de cette école s'est exercée surtout en Syrie et dans l'Irak, là où avait pris naissance l'école libérale d'Ebou-hanifé.

De ces quatre écoles, c'est surtout l'école hanéfile, qui a contribué, dans une certaine mesure, au développement et à l'assouplissement du Droit Sacré. C'est surtout cette école qui, en donnant une allure plus libérale au procédé du Kiyâs, a fait de grands pas dans la voie du progrès.

Le Kiyâs, aussi bien que l'Idjmâ, pour être valable, devait avoir comme point de départ non pas un texte précis, mais un argument direct ou indirect tiré d'un texte ou d'un cas déjà prévu ou réglementé

1) Lambert, *Op. cit.* p. 370.

par le Coran ou par la tradition. C'est, du reste, en raison de cette dépendance que l'I^dj^mâ et le Kiyâs ont été considérées non pas comme des sources principales, mais comme deux sources secondaires dérivées des deux sources premières.

Mais, de très bonne heure, on s'est aperçu nécessairement que, dans beaucoup de cas, il était impossible de trouver dans le Coran un point d'appui au jugement par analogie. Les juristes des écoles libérales, par la force des choses, se sont donc trouvés dans l'obligation de passer outre le point d'appui ou terme de comparaison qu'ils devaient chercher dans les textes sacrés. Et alors le procédé a pris le nom de « rey », ou opinion. A partir de ce moment, la productivité de la jurisprudence devient plus féconde.

Pour justifier les innovations juridiques dues à ce nouveau procédé, les juristes ont eu recours à l'expédient de l'Istihsân.

Istihsân signifie étendre la qualification ou le caractère licite d'un acte juridique à un autre acte qui, par analogie, serait illicite. En d'autres termes. Istihsân, c'est valider *jure pretorio* un acte qui serait nul *jure civile*. Ainsi, par exemple, aux termes de l'article 205 du Code Civil ottoman, la vente d'un objet inexistant au moment de la conclusion de l'acte est nulle. En vertu de ce principe, le contrat de commande ou la vente à livrer devraient être illicites.

Cependant, les juristes en ont admis la légalité par voie de l'Istihsân, et ils ont fondé l'Istihsân sur l'utilité pratique de ces deux actes juridiques (1).

Si le procédé de l'Istihsân ne s'était pas heurté à l'opposition des jurisconsultes conservateurs, le droit musulman aurait évolué à coup sûr d'une manière de plus en plus féconde. Mais les adversaires de ce système ont fini par faire triompher la règle d'après laquelle *analogie sur analogie irrégulière ne vaut* (art. 15 du Médjellé), de sorte que le principe qui a donné naissance à l'art. 205 est demeuré et demeure le droit commun. Ainsi, par exemple, on ne pourrait pas soutenir la légalité d'un contrat de vente qui aurait pour objet la récolte future d'une vigne, à l'exemple d'un contrat de commande dont la validité a été reconnue par l'Idjmâ, art. 205 et 207.

Ces traits d'incohérence et d'hésitation, trop fréquents dans le droit musulman, sont dus, sans doute, à l'esprit théocratique des jurisconsultes, esprit qui a souvent arrêté les plus hardis réformateurs dans leur initiative. Au cours de l'évolution du droit musulman, on assiste à une sorte de transaction entre progressistes et conservateurs. Lorsque l'école hambélite considérait toutes espèces d'innovation comme bida (erreur mauvaise et condamnable), les juristes libéraux ont établi une distinction entre la bonne et

1) Atif, *Commentaire du C. C. O.*, liv. I, p. 23, Haïdar Effendi, T. I, p. 67.

la mauvaise bidâ (1). On peut affirmer que jusqu'à la fermeture de la porte de l'Idjtihad, c'est-à-dire jusqu'à la fin du III^e siècle de l'Hégire, les juristes libéraux ont triomphé des résistances qui leur étaient opposées par leurs adversaires.

En suivant le mouvement de réforme, les jurisconsultes, par la force des choses et sous l'influence des mœurs des pays annexés aux pays musulmans, sont allés jusqu'à attribuer une valeur juridique à la coutume et revenir franchement à la source naturelle des règles juridiques ; en d'autres termes, c'était opposer le droit profane au Droit Sacré. Aussi de multiples controverses se ont élevées entre les jurisconsultes sur le point de savoir quel degré d'autorité il fallait attacher aux usages d'un pays. Les uns voulaient respecter les usages en tant qu'ils n'étaient pas en contradiction directe avec un naç (texte sacré) ; Ebou-hanifé ainsi que l'Imam-i-Mohamed, un de ses plus célèbres disciples, étaient de cet avis. D'autres ont attribué aux usages qui se trouvaient en opposition avec les textes sacrés, une valeur supérieure lorsque le naç avait consacré un usage préexistant. Telle était l'opinion de l'Imam-Ebou-Youssouf, également célèbre disciple d'Ebou-hanifé (2). Toujours dans le même ordre d'idées, comme œuvre de la réforme prétorienne favorisée par les juristes libéraux,

(1) Lambert, *op. cit.*, p. 369.

(2) Atif bey, *op. cit.* liv. I, p. 44

on peut citer la règle suivant laquelle la nécessité rend permises les choses défendues.

L'expression *liedj-il Zarouré* (en raison de la nécessité ou de la contrainte), était une expression fréquemment employée dans la rédaction des décisions rendues par les anciens jurisconsultes.

Mais l'évolution n'a pas toujours continué avec la même force. Après la disparition des jurisconsultes qui avaient inauguré ces méthodes, ainsi que de leurs disciples immédiats, on s'adonnait de moins en moins aux études de Droit Sacré ; ceux qui consacraient leur vie à ce genre d'études, étaient loin d'atteindre l'autorité et la renommée des jurisconsultes antérieurs. Le danger qu'offrait, aux yeux des premiers jurisconsultes, les procédés du Kiyâs, du rey et de l'Istihsân, maniés par des juristes qui n'avaient pas une autorité suffisante et dont l'opinion n'était pas indiscutable, a fait déclarer, vers la fin du III^e siècle de l'Hégire, que la porte de l'Idjtihad était fermée. On a cru ainsi mettre fin au danger qu'on redoutait, danger qui consistait à entrer de plus en plus en contradiction avec les textes sacrés en introduisant de nouvelles règles juridiques, en multipliant entre les jurisconsultes de différentes écoles et même d'une école les dissidences et les scissions qui étaient devenues déjà inquiétantes (1).

(1) Ibn-Khaldoun, *op. cit.*, p. 18. Sawas Pacha, *op. cit.* 1^{re} partie, p. 150.

La fermeture de la porte de l'Idjtihad est, par conséquent, le résultat de l'alliance intime qui a été établie entre la religion et le droit. Le respect religieux a imposé aux savants venus par la suite une soumission aveugle aux décisions des savants les ayant précédés qui jouissaient naturellement d'une plus grande autorité. En effet, les trois premiers siècles de l'Egire constituent l'époque de la grande activité juridique arabe. Une école succède à une autre. Les recueils, les traités de Droit Sacré s'élaborent successivement les uns après les autres. Le Droit Sacré est à peu près en harmonie avec le milieu social. Les jurisconsultes de cette époque considèrent naturellement que l'œuvre accomplie est parfaite. C'est l'illusion humaine de tout législateur.

A partir de la fermeture de la porte de l'Idjtihad, le Mudjtéhids, c'est-à-dire les jurisconsultes ayant le pouvoir de construire de nouvelles règles de droit à l'aide du Kiyâs, font place aux Moukallids ou commentateurs, qui ne peuvent plus faire usage du libre examen (1). Le commentateur non seulement n'a pas le pouvoir d'interpréter par son opinion personnelle les textes du Coran et de la Sunnah, mais il n'a pas non plus la liberté d'interpréter par lui-même les traités de Droit Sacré. Il a perdu ainsi le pouvoir d'adapter les lois aux nécessités nouvelles de la pra-

(1) Lambert, *Op. cit.*, p. 374

tique. Son rôle se borne à expliquer les solutions proposées par les jurisconsultes antérieurs. L'immobilisation à laquelle a été ainsi condamné le droit musulman, au lieu d'aboutir à une stagnation de la jurisprudence, a simplement entraîné sur beaucoup de points une scission très nette entre la pratique et les règles théoriquement maintenues, de sorte que la force créatrice de la jurisprudence si elle s'est ralentie, n'a pas entièrement disparu, car en réalité la loi du progrès ne peut pas être arrêtée dans sa marche par la volonté de l'homme. Une loi n'est pas un pur acte de puissance. Mahomet lui-même n'a-t-il pas donné l'exemple de la mobilité des lois, lorsqu'il a inauguré le procédé de l'abrogation ? En sollicitant de la divinité de nouvelles révélations à la place des révélations précédentes, n'a-t-il pas suivi la loi de l'évolution ? Si une génération n'ajoutait rien à l'œuvre des générations précédentes, la société actuelle serait restée ce qu'elle était à l'époque d'Adam.

La loi du progrès a fait naître dans tous les Etats musulmans un système juridique indépendant, qui, sur beaucoup de matières importantes, a supplanté le Droit Sacré. Dans toutes ces matières, un mouvement de sécularisation de la jurisprudence s'est effectué spontanément. Dans les Indes Anglaises, en Égypte, en Algérie, en Tunisie, en Bosnie-Herzégovine, dans toutes les Colonies hollandaises, en un mot, dans tous les pays musulmans soumis à la do-

mination des puissances étrangères, le Droit Sacré n'a conservé son empire qu'en ce qui concerne le droit de famille, le régime successoral et les fondations pieuses. Sur toutes les autres branches de l'activité humaine, il a été supplanté par les institutions juridiques profanes, dont les résultats, aux points de vue économique, social et intellectuel, ont été incontestablement satisfaisants.

La Turquie n'a pas échappé à ce mouvement de réformes. En 1858, un Code pénal, un Code d'instruction criminelle ; en 1850 un Code de Commerce ; en 1864 un Code de Commerce maritime et ultérieurement un Code de procédure civile ont été successivement copiés sur les Codes européens et notamment sur la législation française. Encore tout récemment une loi sur l'hypothèque immobilière, une autre loi sur les personnes morales ont été votées par le Parlement. Nous ne citons pas les lois et règlements d'ordre administratif qui ont été promulgués à différentes époques.

Il est à remarquer que ces réformes sont dues surtout à l'initiative du pouvoir législatif ou exécutif, car la jurisprudence a continué à jouer en Turquie un rôle presque effacé. D'une part, la tyrannie des pouvoirs publics, l'incurie et l'incompétence de la magistrature, dont le procédé habituel sous l'ancien régime était l'arbitraire ; le caractère purement spé-

culatif et quasi théocratique de l'enseignement juridique, où l'on n'a jamais l'occasion de mentionner la jurisprudence, et, d'autre part, le défaut d'ouvrages et de recueils méthodiques d'arrêts permettant de faire des recherches, et d'approfondir les questions qui s'offrent dans la pratique, sont autant de causes qui ont empêché la jurisprudence de se constituer en un art. Pour toutes ces raisons, on peut affirmer que la Turquie n'a pas de jurisprudence au sens français du mot, qu'elle est privée de cet instrument de progrès constant et d'adaptation lente des lois. Le droit y est presque isolé du milieu social où il doit puiser la vie, et ce milieu, en réalité, est bien plus avancé que la législation.

La stérilité de la jurisprudence s'est fait également sentir dans le domaine de la juridiction administrative, domaine qui a été pourtant laïcisé par la création d'un Conseil d'Etat modelé sur la juridiction administrative française. L'œuvre créatrice de la jurisprudence administrative ottomane a été absolument négative, nulle, et ce, en raison de la pénurie d'hommes compétents. Le Conseil d'Etat, jusqu'à la Révolution de 1908, a été une véritable sinécure pour les hauts fonctionnaires dont le Gouvernement de l'Ancien Régime redoutait l'influence antigouvernementale. Le Gouvernement, lorsqu'il ne pouvait pas faire autrement pour rendre inoffensifs les fonctionnaires ou hommes d'Etat dangereux, leur accordait

une place au Conseil d'Etat sans se préoccuper de leur compétence.

Dans l'état actuel de nos sociétés, le défaut d'une jurisprudence créatrice dans les domaines judiciaire et administratif, constitue une lacune déplorable, qu'il serait impossible de combler sans le concours du temps.

La tentative d'immobilisation de la jurisprudence sacrée a entraîné des conséquences graves, qui ne se sont pas produites en France, lorsque le législateur a voulu imposer le même dogme de stabilité à la jurisprudence française, car l'immobilisation du droit français n'a eu ni la même origine ni le même caractère absolu. C'est par crainte de voir le pouvoir judiciaire empiéter sur les attributions du législateur, sous prétexte d'interpréter la loi, que la Révolution française a posé le principe en vertu duquel le pouvoir judiciaire se bornerait simplement à appliquer les lois sans pouvoir les interpréter. Le législateur s'est réservé le droit exclusif de donner une solution définitive aux difficultés soulevées par l'interprétation des textes législatifs. Si l'on considère la mission donnée par la loi du 1^{er} décembre 1790 au corps judiciaire appelé jusqu'à l'Empire, le Tribunal de Cassation, on voit que ce tribunal fut créé pour assurer l'unité de la jurisprudence. Son rôle était essentiellement limité, il devait simplement favoriser l'application uniforme de la loi, l'interpré-

tation définitive devait en revenir exclusivement au législateur. Les hommes de la Révolution étaient persuadés que la loi peut suffire à tout. Le juge doit statuer conformément à la loi. Le Tribunal de Cassation est établi près du corps législatif ; selon l'article premier de la loi du 1^{er} décembre 1790, chaque année ce tribunal doit rendre compte au corps législatif des jugements intervenus ; c'est un mandataire qui donne le compte rendu de son mandat.

Cette loi réserve au Corps législatif le pouvoir de prononcer le dernier mot sur l'interprétation de la loi. Quand un jugement aura été cassé deux fois et qu'un troisième tribunal aura jugé en dernier ressort de la même façon que les deux premiers, la question ne pourra être agitée devant le Tribunal de Cassation sans avoir été portée devant le Corps législatif qui rendra un décret interprétatif et obligatoire de la loi ; c'est le référé législatif obligatoire.

Voilà comment furent organisées au début les pouvoirs du Tribunal de Cassation. Cette organisation était la conséquence du principe de la séparation des pouvoirs, très sévèrement entendu par une Constituante qui craignait de laisser au pouvoir judiciaire, traditionnellement exposé à la défiance des pouvoirs publics, la possibilité d'empiéter sur le pouvoir législatif.

La loi, à cette époque, est considérée comme étant l'expression absolue de la volonté du législateur.

Toutefois, en cas de doute sur le sens de cette volonté, le Conseil d'Etat est investi du droit d'interpréter la loi par voie d'avis soumis à l'approbation du Gouvernement (Règlement consulaire du 5 Nivôse an VIII). Beaucoup d'avis de ce genre sont intervenus sous le Consulat et le Premier Empire. D'après la jurisprudence, ces avis régulièrement rendus et insérés au *Bulletin des Lois* ont force obligatoire, et ils constituent une source du droit français moderne. C'est seulement à partir de 1814 que le Conseil d'Etat a été dépouillé de cette attribution. Et l'on est revenu alors à la règle que l'interprétation d'une loi obscure ne saurait émaner que du pouvoir législatif (1).

Un peu plus tard, la loi des 1^{er}-2 avril 1837 décide que la troisième Cour d'appel, appelée à statuer après une seconde cassation, doit conformer sa décision en droit à la doctrine de la Cour de cassation. Toutefois, cette loi ne confère pas d'une manière absolue à la jurisprudence judiciaire l'interprétation de la loi.

La Cour de cassation se borne à appliquer la loi ; l'interprétation définitive continue d'appartenir au législateur. — Il convient, d'ailleurs, de remarquer que, jusque-là, l'époque de la grande acti-

(1) Planiol, *Traité Élémentaire de Droit Civil français*, T. 1, p. 208 et s.

tivité législative française n'étant pas suffisamment éloignée, les Codes se trouvent encore d'accord avec le milieu social, la jurisprudence est considérée comme n'ayant pas besoin d'être armée d'un pouvoir d'adaptation. Il n'est pas de problème auquel le législateur n'ait pensé.

Ainsi s'explique que jusqu'en 1837, le rôle de la jurisprudence ait été inexistant. Mais, vers 1837, la situation s'est transformée, près de trente ans ont passé sur les Codes ; des transformations économiques et sociales se sont fait déjà sentir, une adaptation de la loi devient nécessaire. On commence à se préoccuper en France de l'influence de l'évolution des mœurs sur le droit ; on se pénètre de l'idée que le droit évolue avec l'action et la réaction du milieu social ; on se rend compte du pouvoir de la jurisprudence. Le rôle de celle-ci fut donc accentué en 1837 : jusque-là elle était simplement un instrument d'application de la loi ; à partir de cette date, elle devient plus franchement instrument d'interprétation, attendu que la stabilité dans les décisions judiciaires et spécialement dans celles de la Cour suprême équivaut à l'existence d'une sorte de droit coutumier. Alors se dessine un long mouvement « prétorien » par lequel la Cour de cassation n'a cessé d'assouplir peu à peu les règles du Code civil ; mais il convient de constater que l'œuvre de la Cour de Cassation a des origines plus lointaines ; dès les premiers temps

de l'application du Code Civil, elle en a corrigé les imperfections et les lacunes ; c'est ainsi que le principe de l'inaliénabilité des meubles dotaux, non formulé par le Code, a été consacré par la Cour de Cassation dès 1819 (Cass., 1^{er} fév. 1819, Sir. 19. 1. 146).

La jurisprudence n'a pas le pouvoir prétorien au sens romain du mot, ni en matière civile ni en matière administrative ; car, l'interprétation définitive continue d'appartenir au législateur. Le juge n'a pas le pouvoir d'édicter à l'avance un règlement suivant lequel il résoudra ultérieurement les différends qui lui seront soumis, comme faisait le préteur romain par son Edit, lors de son entrée en charge. L'art. 5 du Code civil français défend au juge de se prononcer par voie de disposition générale et réglementaire.

Mais, dans un sens large, les magistrats français ont contribué à l'éclosion du droit par la seule persistance de leur jurisprudence, en mettant la loi en harmonie constante avec le milieu social, suivant les nécessités nouvelles de la pratique, sans l'intervention du législateur.

Il est difficile, en effet, de trouver, dans le Code civil, un article important dont le sens n'ait été, à quelques degrés, enrichi ou appauvri par l'interprétation judiciaire. Il est également difficile de trouver, dans la législation nouvelle, un texte capital dont les dispositions n'aient été annoncées par la

jurisprudence. Très souvent, celle-ci a anticipé sur l'œuvre du législateur, et quelquefois elle a même rendu des arrêts ayant en fait force de loi.

Nous pouvons illustrer par quelques exemples, l'œuvre créatrice de la jurisprudence française : les rédacteurs du Code civil avaient, pour ignorer la classe ouvrière, une raison excellente, c'est que la classe des travailleurs, née du développement industriel, n'existait pas en 1804. La jurisprudence a devancé, dans beaucoup de cas, la réglementation établie plus tard par le Code ouvrier ; certaines des dispositions de ce Code ont conservé l'empreinte des solutions judiciaires dont elles sont directement ou indirectement issues. Beaucoup de lois relatives à la classe ouvrière ne sont que la codification de nécessités sociales, nettement aperçues et juridiquement sanctionnées par les tribunaux : loi du 27 décembre 1890 sur l'indemnité due à raison de la résiliation brusque ou intempestive du contrat de travail, loi du 12 janvier 1895 sur l'insaisissabilité des petits salaires.

La jurisprudence est allée jusqu'à déformer, sur certains points, la pensée du législateur. C'est ainsi, par exemple, que l'article 900 du Code civil contient une disposition qui a pour but de punir ceux qui ont entendu insérer, dans une libéralité, une condition de nature à faire revivre les institutions des régimes disparus. Pour les punir, on décidait que,

d'une part, la condition serait non exécutée et, d'autre part, que la libéralité serait tout de même acquise au bénéficiaire. On mutilait donc la volonté du donateur, puisqu'il avait voulu que la libéralité ne survécût pas à la chute de la condition ; mais cette mutilation avait pour but de châtier une volonté coupable. Or, quand le régime nouveau fut suffisamment affermi, la jurisprudence adoucit la disposition générale de l'article 900, en lui substituant la théorie de la cause impulsive et déterminante.

La jurisprudence, poursuivant toujours l'évolution qui s'est produite dans les mœurs, n'hésita pas à construire de toutes pièces des institutions presque entièrement nouvelles, qui ne se trouvent qu'en germe dans le Code civil. On peut citer, dans cet ordre d'idées, l'assurance sur la vie. Le contrat d'assurance sur la vie s'est introduit dans les mœurs, au cours de la seconde moitié du XIX^e siècle. A l'époque de la rédaction du Code civil, le contrat d'assurance sur la vie était considéré comme un pacte de spéculation immoral et dangereux pour la vie de l'assuré. C'est pourquoi, à l'époque de la rédaction du Code, le contrat d'assurance est regardé avec beaucoup de défaveur. Mais, par la suite, les avantages pratiques de ce contrat sont mieux aperçus ; et la jurisprudence, entendant l'article 1121 en ce sens que la stipulation faite au profit d'au-

trui est valable et obligatoire toutes les fois que le contrat présente un intérêt pour le stipulant, fut amenée à valider l'assurance sur la vie au profit d'un tiers. Il suffit, en effet, que le stipulant ait la faculté, consacrée par toutes les polices, de révoquer la stipulation, en vue, naturellement, de s'en appliquer le bénéfice, pour qu'apparaisse son intérêt personnel, condition suffisante, d'après l'article 1121, à la validité de la stipulation pour autrui (1).

Frappée de l'énorme développement de la fortune mobilière, la Cour de cassation a institué, par des arrêts qui remontent au début du XIX^e siècle, l'inaliénabilité de la dot mobilière. Cette jurisprudence n'a jamais changé, elle est devenue indiscutable. On peut donc dire qu'en ce qui concerne l'inaliénabilité de la dot mobilière la jurisprudence s'est substituée au législateur.

Ainsi, la jurisprudence n'a cessé d'adapter la lettre, souvent insuffisante de la loi, à des espèces nouvelles, à des besoins sociaux inconnus jusque-là. En un mot, elle a rendu le Code civil plus social. Ce sont là des titres suffisants pour que la jurisprudence civile française puisse revendiquer son droit d'exercer, en fait, parallèlement au législateur, une fonction créatrice du droit.

(1) Cf. Colin et Capitant, *Cours de Droit civil*, t. II, p. 337.

Il en est ainsi à *fortiori* de la jurisprudence administrative. Le Conseil d'Etat est aujourd'hui la Cour suprême, en matière administrative, et comme il est à la fois juge de droit commun, juge d'appel et juge de cassation, on peut dire que la jurisprudence administrative est représentée par la jurisprudence du Conseil d'Etat.

Bien avant 1837, au moment où le juge civil n'avait aucun pouvoir de création ni d'interprétation de la loi civile, le Conseil d'Etat était déjà chargé de l'interprétation de la loi administrative et même, jusqu'en 1814, de la loi civile, avec des prérogatives correspondant à des pouvoirs secondaires de législateur. Le juge administratif fait partie du pouvoir exécutif, il est en dehors du principe de la séparation des pouvoirs. Il est donc plus proche que le juge civil du pouvoir réglementaire. Non seulement le Conseil d'Etat est investi d'un pouvoir qui est de l'ordre judiciaire, d'un pouvoir juridictionnel, mais il exerce aussi un pouvoir qui est simplement administratif. Cette situation l'enhardit, dans bien des cas, à faire œuvre féconde.

L'Etat qui, s'appuyant sur le dogme d'infailibilité et d'irresponsabilité, s'était d'abord déclaré irresponsable, a dû se reconnaître soumis à une responsabilité et à la juridiction du Conseil d'Etat. D'après les dernières théories élaborées par le Conseil

d'Etat, l'Etat, en tant que souverain, est, aussi bien que l'homme, libre et responsable, assujetti au droit.

Il résulte de cet exposé rapide que le juge français a légiféré dans toutes les branches du droit. La jurisprudence est un perpétuel commentaire qui s'écarte plus encore des textes, parce qu'elle est attirée par la vie. Etant plus près des réalités pratiques, elle est mieux à même de se conformer à l'équité. La déformation progressive de la codification par la pratique judiciaire est un phénomène qui se produit partout. La jurisprudence assure le progrès du droit hors la loi, et même contre la loi. Ce n'est pas le droit qui fait vivre la société, c'est la société qui fait vivre le droit. Le droit a pour ainsi dire une double vie, l'une populaire, l'autre technique ; la première domine la seconde.

En France, l'effort combiné de la jurisprudence et de la doctrine est tellement fécond que beaucoup de jurisconsultes considérés, à juste titre, comme des maîtres dans la science juridique (1) parlent de l'inutilité d'une révision générale du Code civil.

« En célébrant le centenaire du Code civil, disait Planiol, en 1904, je n'ai pas l'intention d'en faire

1) V. art. de Planiol, *Liv. du Centenaire*, T. II, p. 955

les funérailles. C'est l'âge de la jeunesse, pour une œuvre pareille ». Assurément, sans l'œuvre novatrice de la jurisprudence, le savant professeur n'aurait pu parler de la jeunesse du Code.

Il est impossible de ne pas éprouver une admiration pour la magistrature française, qui a fait honneur à la science juridique en raison du rôle si fécond qu'elle a rempli dans le domaine civil et administratif.

Il faut reconnaître aussi l'action féconde qu'exerce la doctrine sur la jurisprudence, en synthétisant dans des constructions juridiques les solutions données par les arrêts.

A ces facteurs de progrès il faut ajouter les recueils de décisions judiciaires qui ont une double influence sur la pratique et sur la doctrine, les notes d'arrêts qui présentent le droit sous un aspect toujours vivant, et qui prennent de plus en plus une importance prépondérante grâce aux jurisconsultes d'élite qui se spécialisent dans ce genre de travail scientifique.

Nous avons démontré jusqu'ici que la fermeture de la porte de l'Idjtihad est une tentative irréalisable dans tous les temps et dans tous les pays, qu'elle a été démentie par l'histoire de la jurisprudence française et par l'évolution plus ou moins lente des

institutions juridiques en Turquie. Dans les pages qui vont suivre, nous essayerons de mettre en relief les parties du droit musulman qui paraissent en contradiction avec les principes du droit moderne.

DEUXIÈME PARTIE

THÉORIE DES CONTRATS ET OBLIGATIONS

En droit musulman, notamment dans le Code civil ottoman, les principales théories relatives aux obligations, dont les contrats ne représentent que l'une des sources, sont exposées ou réglementées à propos du contrat de vente. C'est là une méthode traditionnelle. Ainsi, le livre premier du Medjellé est consacré au contrat de vente, et les traités de droit musulman débutent par l'étude de la vente. C'est pour ce motif que nous allons commencer notre étude par ce contrat ou plutôt par les lacunes et les imperfections de ce contrat, et montrer comment certaines institutions juridiques, qui trouvent, dans d'autres législations, leur place dans la théorie générale des obligations, sont envisagées dans le Code civil ottoman, avec les principes concernant la vente. La raison en est, sans doute, qu'au début la vente a été le contrat le plus usuel, celui qui suffisait aux besoins économiques d'une civilisation naissante ; on éprouva, dès lors, le besoin de le réglementer. Puis, par la suite, l'habitude prise de légiférer à propos de ce contrat fit qu'on y rattacha toutes les théories juridiques importantes de la matière des obligations.

CHAPITRE PREMIER

Principales lacunes de la théorie de la vente en Droit musulman

La vente est un contrat consensuel, elle est parfaite et translatrice de propriété par le seul consentement des parties (art. 167). La volonté de conclure une vente peut se manifester par des paroles, par des actes ou par un geste quelconque équivalent à une approbation. La tradition n'est pas nécessaire pour opérer le transfert du droit de propriété, mais elle est indispensable pour procurer à l'acheteur l'attribut principal du droit de propriété, c'est-à-dire le droit de vendre la chose. En effet, d'après l'article 253, « l'acheteur peut, avant la délivrance, vendre la chose achetée s'il s'agit d'un immeuble, mais il ne peut le faire s'il s'agit d'un meuble ». La vente d'un bien meuble dont on n'a pas encore reçu tradition est nulle, de nullité absolue (1). En conséquence, un commerçant ne pourrait vendre valablement les marchandises qu'il a achetées avant d'en avoir reçu tradition. C'est le renversement des principes qui régissent le com-

1) Ali Haïdar, *op. cit.*, T 1, p. 407.

merce moderne. Avec cet article, la plupart des opérations commerciales seraient juridiquement impossibles.

Pourquoi l'article 253 a-t-il établi une distinction entre la revente des meubles et des immeubles ?

Les dispositions de cet article peuvent s'expliquer, croyons-nous, par des raisons historiques. En effet, dans son recueil des hadis, Bouhârî rapporte que (1) « l'Envoyé de Dieu a défendu à tout homme de vendre un comestible avant d'en avoir reçu livraison intégrale ». Voici un autre hadis conçu en termes différents et cité par le même auteur à la suite du hadis précédent : « Le Prophète a dit : « celui qui achète des comestibles ne les vendra pas avant d'en avoir pris possession ».

Mahomet a prohibé la revente des denrées alimentaires dans le but d'en empêcher l'accaparement et de restreindre, dans la mesure du possible, la spéculation sur les objets de première nécessité. « Il ne faut pas, dit M. Peltier (2), dans un pays pauvre et dont la population est toujours sur le bord de la faim, que le riche puisse spéculer sur le besoin de son frère musulman. L'idéal économique du Prophète, c'est que chacun produise les

(1) V. Frédéric Peltier, *Ça'hîh d'El-Bouhârî*, p. 94.

(2) V. *op. cit.* p. 96.

denrées alimentaires dont il a besoin pour se nourrir et nourrir sa famille. »

Le Prophète ne pouvait naturellement pas interdire complètement la vente des denrées alimentaires pour pousser chacun à produire dans la mesure de ses besoins, il s'est contenté seulement de défendre les opérations indiquant nettement l'intention d'accaparement, le but de spéculation.

Les rédacteurs du Code civil, à l'exemple de certains jurisconsultes hanéfites, ont généralisé à la revente de toute espèce de biens meubles, la prohibition établie par le Prophète seulement à l'égard des denrées alimentaires. Car, il est à remarquer que les jurisconsultes des différentes écoles ne sont pas d'accord sur la manière dont il faut entendre cette prohibition : le système malikite, s'appuyant sur les termes des deux traditions rapportées par Bouhàri, restreint la prohibition au marché des denrées alimentaires.

Un groupe de jurisconsultes hanéfites entend l'interdiction telle qu'elle a été acceptée par les rédacteurs du Code. Une autre catégorie de jurisconsultes hanéfites estime que la prohibition vise seulement les choses qui, comme les comestibles, se mesurent ou se pèsent.

Le système chafîite, par contre, étend la défense formulée par le Prophète à toutes les ventes aussi

bien immobilières que mobilières. Les Chafiiites, pour justifier leur solution extensive, s'appuient, non sur les deux hadis rapportés par Bouhârî, mais sur une troisième tradition où le Prophète aurait dit : « Ne vendez rien avant d'en avoir pris livraison » (1). Mais alors la défense établie par cette tradition ne peut pas se justifier par le désir d'empêcher l'accaparement des denrées alimentaires. Elle devient compréhensible, croyons-nous, si l'on fait intervenir l'idée de contrat *re*. L'acheteur ne pourra pas revendre valablement la chose parce qu'il n'en deviendra pas propriétaire tant qu'il n'aura pas reçu tradition.

Quant à la solution adoptée par le premier groupe des juristes hanéfites, elle aussi deviendrait compréhensible si l'on admettait qu'à l'origine les contrats se formaient *re* chez les Arabes, en ce qui concerne les meubles.

En effet, en droit hébraïque, l'acquéreur d'un objet mobilier n'en devenait propriétaire que par l'appréhension (2). Il est fort probable que, dans les coutumes primitives arabes, qui présentaient une grande analogie avec les usages hébraïques anciens, il en était de même. Cette conjecture acquiert plus de force si l'on se rappelle que, dans

(1) V. Peltier, *op. cit.*, p. 100.

(2) V. Dareste, *Études d'Histoire du Droit*, I^{re} p., p. 51.

son évolution, le contrat de vente s'est formé *re* avant de devenir consensuel. Et les contrats *re* ne sont pas étrangers au droit musulman. La donation, le prêt, se forment *re* même de nos jours. Par conséquent, si l'acquéreur ne peut disposer de l'objet qui lui a été vendu qu'après en avoir pris possession, c'est parce que, primitivement, l'accord des parties ne suffisait pour le rendre propriétaire, et par conséquent ne lui conférait pas le droit de disposer de l'objet mobilier.

Ainsi s'expliquent, croyons-nous, les termes de l'article 253 qui se trouvait peut-être en harmonie avec le niveau économique de l'époque de Mahomet. Mais la Commission de rédaction, qui a légiféré en 1868-1876, a introduit ce texte dans le Code sans tenir compte des transformations sociales et économiques qui se sont opérées depuis le siècle du Prophète. La Commission de rédaction s'est mise, d'autre part, en contradiction avec le principe admis dans les articles 167 et 369 du Médjellé, qui reconnaît que la vente est parfaite par le seul consentement des parties et que la propriété de la chose vendue se trouve transférée dès qu'il y a accord entre elles, de sorte que l'article 253 reste incompréhensible dans une législation qui a admis les contrats consensuels. Bref, le texte qui nous occupe constitue une entrave juridique au commerce et ne

représente nullement le véritable droit du pays. L'évolution a donc fait naître un antagonisme entre les conceptions du Médjellé et la pratique des affaires. Haïdar Eff. fait cependant remarquer (1) que si, de nos jours, en pratique, on déroge constamment au principe de l'article 253, cette pratique, si constante soit-elle, ne saurait rendre licite la revente d'un objet mobilier dont on n'a pas encore reçu tradition.

Examinons maintenant, à un autre point de vue, le rôle de la tradition :

La tradition a une importance juridique au point de vue du déplacement des risques. En effet, aux termes de l'article 293, la prise de possession fait passer la chose aux risques de l'acquéreur. En conséquence, quelle serait la solution, si l'exécution du contrat devenait impossible par suite de la perte de la chose entre les mains du vendeur. Ici, les commentateurs du Code civil ottoman envisagent quatre hypothèses (2) :

Première hypothèse. — Si l'exécution devient impossible, par suite d'un cas fortuit, la vente est résolue, le vendeur est libéré et il n'a aucun droit à

1. V. *op. cit.* T. I, p. 409 en note.

(2) Haïdar, T. I, p. 459, *Atif bey*, liv. II, p. 105.

la contre-prestation, ce qui revient à dire que la perte est à la charge du débiteur (1).

Bien que cette solution soit contraire au principe *res perit domino*, admis par le droit français, elle est conforme à certaines législations modernes. Seulement, Haïdar Effendi ajoute que la (2) clause qui mettrait les risques à la charge de l'acheteur est nulle. C'est ici que le droit ottoman va à l'encontre du principe de l'autonomie de la volonté.

La solution adoptée par le droit français qui, en matière de vente, du moins, met les risques à la charge de l'acheteur, est-elle plus juridique et plus équitable ? Les Romains justifiaient cette règle, qui est fort dure pour l'acheteur, en se fondant sur

(1) Par application de l'art. 293 du Code civil, il a été jugé que la marchandise voyage aux risques et périls du vendeur (Jugement du Tribunal de Commerce mixte de Constantinople en date du 12 août 1899). Dans l'espèce, l'acheteur ottoman, ayant constaté, à l'arrivée de la marchandise à Constantinople, un manquant certifié par la douane, avait demandé une réduction de la facture correspondante à la valeur du manquant. Le Tribunal, en rejetant le principe *res perit domino*, invoqué par le vendeur belge et qui jusqu'à présent avait toujours été reconnu devant la juridiction mixte, a condamné le vendeur comme responsable jusqu'au moment de la tradition de l'objet vendu. V. Mandelsiam, *op. cit.* p. 104.

Note : Avant la promulgation du Médjellé, les Tribunaux de Commerce mixtes n'hésitaient pas à recourir au droit français pour combler les lacunes du Code de Commerce ottoman, c'est ce qui explique le revirement dans l'application du principe *res perit domino*.

2) V. *op. cit.*, T. I, p. 459.

l'idée que les chances de plus-value sont également en sa faveur. Ils établissent ainsi une sorte de balance entre les bonnes et les mauvaises chances (1).

Certains jurisconsultes modernes ont essayé de fonder la règle des risques sur l'intention présumée des parties. Le vendeur qui se dessaisit d'un objet périssable le fait, disent-ils, précisément dans le but d'échapper aux risques de perte ou de détérioration. Ils font, en quelque sorte, de l'acheteur, l'assureur de son vendeur.

« Cette explication, qui, d'ailleurs, ne s'appliquerait qu'à la vente et non à l'échange, dit M. Saleilles (2), suppose la question résolue, plutôt qu'elle ne la résout, puisqu'il s'agit toujours de savoir à partir de quel moment les parties ont entendu que s'opérât cette substitution d'une valeur sûre à une valeur périssable ; et rien ne prouve que le moment qu'elles aient eu en vue ne soit pas celui de la livraison. Rien, en effet, n'est plus bizarre que de supposer que l'acheteur se soit contenté, comme équivalent de son prix, de l'action que lui a fait acquiescir le contrat : une action n'est rien pour elle-même, elle n'est que le moyen d'obtenir l'objet qu'elle a en vue et c'est bien cet objet que l'acheteur a voulu

(1) V. Planiol, *op. cit.*, T. II, p. 452.

(2) V. *Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le projet du Code civil allemand*, p. 202.

avoir en promettant son prix. » Par conséquent, la solution du droit français, qui ne s'applique, du reste, qu'à la vente et à l'échange, n'est pas conforme à l'intention présumée des parties. Et la solution de l'article 293 du Code civil ottoman est certainement plus équitable.

Deuxième hypothèse. — Si l'objet est « consommé » par le fait du vendeur, celui-ci est également libéré de l'obligation de livrer la chose, dit Haïdar Effendi, et, pour préciser sa pensée, il donne l'exemple suivant : « Si le vendeur, qui avait aliéné un objet d'une valeur de 10 livres turques, moyennant le prix de 6 livres, s'aperçoit de la lésion et consomme l'objet vendu avant de le livrer, l'acheteur peut réclamer la restitution du prix seulement et non pas le paiement de la valeur ». La solution adoptée dans cette hypothèse est absolument contraire à l'équité et aux dispositions des articles 167 et 369 du Code civil, aux termes desquels la vente est parfaite par l'offre et l'acceptation, et l'effet de la vente parfaite est de transférer la propriété. Du reste, cette hypothèse est visiblement tirée d'une solution d'espèce, dans laquelle le contrat a été probablement annulé en raison de la lésion qui a paru excessive au juge appelé à se prononcer sur le cas qui lui avait été soumis. Mais les commentateurs ont généralisé à tort la solution et en ont fait une règle générale.

Troisième hypothèse. — La perte de la chose entre les mains du vendeur peut résulter d'un acte volontaire ou involontaire, émanant de l'acheteur lui-même. Dans ce cas, la vente n'est pas dissoute, le fait de l'acheteur est considéré très justement comme une prise de possession. En conséquence, le vendeur reste créancier de la contre-prestation.

Quatrième hypothèse. — La perte de la chose peut survenir par suite d'un fait émanant d'une personne étrangère au contrat de vente. Dans ce cas, l'acheteur peut, ou bien demander la résiliation de l'acte, ou bien le maintenir et avoir recours au tiers pour lui réclamer la valeur de l'objet vendu au moment de la perte. Dans ce dernier cas, l'acheteur gardera-t-il une action contre le vendeur responsable à raison de son contrat ? Equitablement, oui, mais les commentateurs du Médjellé ont passé sous silence cette question.

CHAPITRE II

Caractère révocable des engagements en matière de vente et autres principaux contrats du droit musulman.

Quoique le Code civil ottoman déclare à plusieurs reprises que le consentement des parties suffit pour former et parfaire un contrat à titre onéreux, celles-ci ont cependant la ressource de multiples échappatoires pour se dédire impunément d'un contrat. Avant d'examiner les cas dans lesquels l'une des deux parties contractantes peut arbitrairement révoquer un contrat parfait, examinons d'abord dans un premier paragraphe l'hypothèse dans laquelle l'offre peut être rétractée par la seule volonté de l'offrant. Dans un second paragraphe nous examinerons la révocabilité unilatérale des contrats proprement dits.

§ 1^{er}. — *Hypothèse dans laquelle l'offre peut être rétractée par la seule volonté de l'offrant*

Cette hypothèse ne se confond pas, bien entendu, avec celle de la révocation d'une obligation, puisque le contrat productif d'obligations ne sera formé que par l'acceptation de l'offre ; mais elle est étudiée

par le Code civil ottoman et par ses commentateurs dans le livre relatif à la vente parallèlement à la théorie de la révocation des engagements. En droit civil français, par une méthode rationnelle, c'est à propos de la formation des contrats que cette théorie est exposée.

Aux termes de l'article 184 du Médjellé, la partie qui fait l'offre peut la retirer valablement avant que cette offre ne soit acceptée. Dès lors, le contrat ne pourrait plus se former si l'autre partie s'avisait d'accepter après le retrait de l'offre. Tout au plus cette acceptation tardive vaudrait une nouvelle offre de la part de celui qui la formule.

L'offre peut, en outre, devenir caduque avant d'avoir été retirée :

1° Par le prédécès de l'offrant ;

2° Par le changement que pourrait subir la chose qui constitue l'objet du contrat ; par exemple, par la transformation du blé en farine ;

3° Par la répétition de l'offre. Si l'offrant renouvelle son offre dans des conditions différentes, cette modification équivaut à un retrait de la première proposition ;

4° Par un fait ou geste qui n'a aucun rapport avec l'acte juridique que les parties ont en vue de conclure. Ainsi, par exemple, si dans un conseil de vente, l'offrant se met à écrire ou à lire, l'offre devient caduque ;

5° L'offre ne produit aucun effet si l'offrant fait à l'acceptant, avant l'acceptation, donation du prix, la vente ne pouvant pas se former en raison de l'inexistence du prix. Haïdar Effendi ajoute (1) que le retrait de l'offre avant l'acceptation est valable, même s'il n'a pas été porté à la connaissance de l'autre partie.

Pour justifier cette solution, l'auteur dit que l'offre n'a d'autre effet que de faire naître un droit éventuel au profit du contractant. Or, dit-il, le droit de propriété actuel de l'offrant « est plus solide » et prime celui de l'acceptant (2). Il en serait de même, ajoute-t-il, dans les contrats qui se forment par correspondance ou par l'intermédiaire d'un messager (3). L'offrant pourrait valablement rétracter son offre avant qu'elle ne soit acceptée, et le retrait serait valable même s'il est fait à l'insu de l'autre partie. Cette solution est incontestablement contraire à l'équité. Sans doute, la partie qui vient d'envoyer l'offre n'est pas liée tant que sa volonté n'a pas été portée à la connaissance de l'autre ; autrement dit, l'offre ne produit son effet que lorsqu'elle parvient à la connaissance du destinataire. Mais, pour que le retrait produise son effet destructif, il

(1) V. *op. cit.* T. I, pp. 265, 283, 289.

(2) V. *op. cit.*, T. I, p. 288.

(3) V. *op. cit.*, T. I, p. 265.

faut qu'il soit également notifié à l'autre partie avant ou, du moins, en même temps que l'offre.

Certains auteurs vont même jusqu'à soutenir, aujourd'hui, que, dans les contrats qui se forment par correspondance, l'offre est accompagnée tacitement d'un délai pendant lequel le pollicitant ne devrait pas pouvoir valablement revenir sur son offre. Il devrait la maintenir pendant l'intervalle qui s'écoulerait jusqu'au moment où l'offre serait parvenue à la connaissance du co-contractant (1). Quant aux dommages et intérêts en raison du préjudice que le défaut de réalisation du marché pourrait causer à l'acceptant, par suite du retrait de l'offre à son insu, le Médjellé ne lui accorde aucun droit pour une réclamation de ce genre. Au contraire, l'article 91 s'y opposerait, car, aux termes de cet article, le retrait valablement fait ne peut donner lieu à aucune demande de dommages et intérêts. Du moment que l'offrant a le droit de se rétracter, il est à l'abri d'une pareille réclamation.

Cette importante question de dommages et intérêts, par suite de la non-réalisation d'un contrat, a donné lieu à de longues controverses entre les auteurs modernes. Certains d'entre eux, « qui n'admettent pas que le pollicitant soit lié par son offre »,

(1) V. Planiol, *op. cit.* T. II, p.

et qui, par suite, lui permettent de la révoquer avant l'acceptation, accordent alors contre le pollicitant une action en indemnité fondée sur le tort qu'il a pu causer à l'autre partie en lui donnant l'assurance d'un contrat qui ne s'est pas réalisé ; ces dommages-intérêts comprendraient les frais et dépenses que l'autre partie aurait pu faire en vue du contrat projeté (1), plus le bénéfice que le contrat, s'il était avantageux, aurait pu lui procurer.

D'autres auteurs, notamment Siegel et Stobbe, en Allemagne, Tarde et Worms, en France, vont encore plus loin et considèrent l'offre comme une déclaration de volonté unilatérale, obligatoire par elle-même. M. Tarde, pour expliquer que cette théorie est conforme à l'évolution du droit qui tend à assurer de plus en plus l'efficacité juridique de la volonté, dit (2) : « Tant que, vu le faible progrès des communications, les clientèles, par exemple, sont peu nombreuses et ramassées dans un étroit rayon, le producteur connaît personnellement tous les consommateurs auxquels il s'adresse. Un cordonnier ne travaille que pour tel ou tel client dont il sait les noms et le visage ; il ne travaille pas encore pour une clientèle anonyme à confection.

(1) Saleilles, *op. cit.* p. 143, note 5.

(2) V. *Les Transformations du droit*, p. 116.

Il en est ainsi du boulanger, du boucher, du tailleur, etc. Il en est pareillement, en des temps plus rapprochés de nous, des journalistes mêmes. Longtemps, au XVIII^e siècle, Grimm a rédigé un journal manuscrit qui s'adressait à une vingtaine de têtes couronnées. Il travaillait pour elles personnellement, non pour le public. Mais, quand la presse a pris son essor, quand les chemins de fer ont sillonné les continents, quand, à la suite de ces grandes inventions, apparaît et grandit l'importance de ce personnage impersonnel que l'on appelle le public, et que le public est en train de devenir, dans la comédie contemporaine, comme le chœur de la tragédie grecque, le principal interlocuteur auquel on s'adresse et qui vous répond — ou ne vous répond pas — les conditions sociales qui avaient fait fleurir la théorie du contrat sont profondément changées, elle montre alors son étroitesse et son insuffisance.

Auparavant, en effet, comme on n'avait à faire, en général, qu'à des personnes considérées une à une et distinctement, le contrat classique pouvait passer pour la plus importante, sinon l'unique source des obligations. Mais à présent, si la loi et, mieux encore, la pratique judiciaire, la coutume commerciale et sociale, plus avancée ici que la loi, ne devaient sanctionner les engagements pris envers le public qu'à partir du moment seulement où telle

personne désignée les a acceptés et a fait connaître son acceptation et rien qu'à l'égard de cette personne, la plupart des affaires, la totalité des grandes affaires serait impossible. Dans des cas qui vont se multipliant, on est donc obligé, si romaniste acharné qu'on soit, d'accorder force juridique à des promesses non encore acceptées. Sans cesse se multiplient les engagements envers les personnes indéterminées qui, bien entendu, ne sauraient accepter ce qu'elles ignorent ; sans cesse se multiplient les titres au porteur, les assurances sur la vie, les réclames, les prospectus. Toutes ces innovations suscitées par les idées de génie propre à ce siècle ou aux siècles antérieurs, tendent manifestement à reléguer au second plan le contrat qui, à l'époque romaine classique, était, sans contredit, au premier.....

Aussi faut-il reconnaître au moins un mérite d'à-propos à une nouvelle théorie philosophique du Droit qui fait son chemin en Allemagne. Ce n'est pas, d'après elle, la rencontre de deux volontés qui est créatrice d'obligation : c'est l'émission d'une volonté unique, même avant qu'on en ait pris acte.

On ne saurait dire combien ce vieux préjugé du contrat, considéré comme la vraie source des obligations, a entravé la marche du droit. La vérité est que toute obligation, contractuelle ou non, découle, avant tout, d'une haute et profonde volonté unilaté-

rale, celle du Maître, soit du Maître héréditaire et demi-divin, soit du Maître élu et profane, qui légifère comme bon lui semble. C'est là l'unique origine des obligations formées sans contrat. Quant aux obligations conventionnelles, elles dérivent d'abord de cette grande volonté unilatérale, qui se nomme l'autorité publique, et ensuite de la petite volonté unilatérale de chacun des contractants qui, à l'image de ce commandement extérieur et supérieur, et d'ailleurs conformément à la latitude qu'il leur laisse, se commande à elle-même, à la fois maîtresse et sujette, et se commande l'obéissance au commandement de l'autre. C'est là toute la singularité du contrat : il est le goût de se commander, ou, par imitation, de l'habitude d'être commandé. »

Les partisans de cette nouvelle théorie citent comme type de volonté unilatérale créatrice d'obligation, l'émission du titre au porteur. Mais comme ils subordonnent l'efficacité de l'obligation à la négociation du titre, c'est-à-dire à son acceptation, et comme, d'autre part, ils admettent que « nul ne peut devenir créancier sans sa volonté », finalement ils retombent dans la théorie classique de la formation du contrat (1).

A la vérité, s'il est des cas déterminés et excep-

(1) V. Planiol, *op. cit.*, T. II, p. 272.

tionnels où la volonté unilatérale est susceptible de produire une obligation, on n'arrivera pas à admettre d'une façon générale et absolue la possibilité de s'engager par volonté unilatérale. Le contrat restera toujours la source principale des obligations juridiques.

Le droit allemand admet, sans doute, que dans certains cas, par exemple dans les offres de contracter adressées à un tiers, la volonté peut se lier elle-même. Mais le caractère de cet engagement est tout implemment passif, en ce sens qu'il doit rester à la disposition de celui à qui il s'adresse. Par conséquent, il n'y est pas encore question de volonté unilatérale produisant une obligation au sens complet du mot, l'acceptation est nécessaire pour engendrer l'obligation (1).

§ II. — *Révocabilité des engagements après leur formation ou Théorie du Hiyar*

Lors même qu'un contrat de vente est devenu parfait par le concours du consentement de deux parties, lors même que la prise de possession a eu lieu, le contrat peut encore, dans certains cas, être révoqué par la volonté de l'une des deux parties

(1) V. Saleilles, *op. cit.*, p. 146.

seulement. La faculté qui permet, en droit musulman, d'annuler un contrat par la simple volonté unilatérale s'appelle hakki-hiyar ou droit d'option. Haïdar Eff. n'en cite pas moins de vingt-deux (1).

Nous nous contenterons de faire l'exposé des plus importants :

A. — Hiyar-i-ruyet, ou option d'examen.

D'après l'article 320 du Médjellé, celui qui achète un bien mobilier ou immobilier sans l'avoir visité, a le droit d'option au moment où il le voit, et à ce moment il peut, à son choix, confirmer ou résoudre le contrat ; c'est ce qu'on appelle *hiyar-i-ruyet*.

Il est inutile d'insister sur les effets désastreux d'un pareil principe sur les affaires commerciales. Avec lui, toutes les commandes de marchandises pourront être révoquées sous les prétextes les plus futiles.

L'acheteur ne peut renoncer valablement à ce droit d'option à l'avance, sans avoir vu la chose dont il est devenu propriétaire, car, disent les commentateurs, cette renonciation serait sans objet, attendu qu'aux termes mêmes de l'art. 320 précité, c'est à partir du moment où la chose achetée a été examinée, que le droit d'option existe au profit de l'acheteur.

1 V. *op. cit.*, T. I, p. 474.

Les termes du texte sacré sur lequel est fondé ce droit d'option étant impératifs et absolus, l'acheteur peut faire prévaloir ce droit jusqu'à la fin de ses jours, tant qu'il ne voit pas la chose achetée ou tant que l'une des causes extinctives suivantes ne se produit pas (1).

L'examen antérieur à la conclusion de l'acte, s'il n'a pas été fait avec l'intention d'acquérir la chose, n'empêche pas l'acheteur de faire valoir ultérieurement son droit d'option.

Le droit d'option s'éteint :

1° Par la manifestation expresse de confirmer la vente.

2° Lorsque l'acquéreur fait un acte de disposition ou d'administration.

3° Lorsque la chose subit une transformation ou une détérioration ultérieurement à la conclusion de la vente.

4° Après examen d'un échantillon de la marchandise achetée.

En cas de décès de l'acquéreur, ce droit ne se transmet pas à ses héritiers (article 321), car le texte sacré ne l'accorde qu'à ceux qui sont parties au contrat et non pas aux ayants cause.

1 V. Haider Eff, *op cit.*, T. I, p. 521.

Le droit d'option n'est pas spécial au contrat de vente. Aux termes des articles 507 et 509 du Méd-jellé, le locataire également peut annuler le contrat dès qu'il visite l'immeuble ou l'objet mobilier qu'il a pris en location. Seulement, l'article 510 décide qu'il n'y a pas lieu d'accorder le droit d'option à un locataire qui a visité l'immeuble avant la conclusion du contrat de location.

Dans un acte de partage et de transaction, également, les parties peuvent user du droit d'option si la contre-partie de la transaction est un corps certain.

B. — Hiyar-i-Kechfulhal.

Aux termes des articles 217, 218 et 286, ce droit existe au profit d'un acheteur, qui a contracté sans connaître l'endroit où se trouve l'objet vendu ou bien lorsqu'il a acheté une certaine quantité de blé ou autres choses fongibles à forfait. Ce droit lui permet d'annuler ou de confirmer la vente dès qu'il aura su où se trouve la chose vendue ou dès qu'il aura connu la quantité des choses fongibles qu'il a achetées. En cas de confirmation de l'acte, la livraison doit se faire là où la chose se trouvait au moment de la conclusion de la vente.

C. — Hiyar-i-Alib, ou option pour vices rédhibitoires.

C'est le droit que possède l'acheteur de résilier

la vente dès qu'il découvre un vice antérieur à la prise de possession et dont il a ignoré l'existence (art. 337). C'est la garantie des vices du droit français. Il est à remarquer que le Prophète, ainsi que les jurisconsultes musulmans, s'occupent des vices cachés, spécialement à propos de ventes d'esclaves (1). En droit romain, également, c'est dans la vente d'esclaves et d'animaux que la garantie des vices a été organisée (2).

Est considéré comme vice tout défaut qui diminue le prix de la chose (art. 338). Ce droit d'option, comme les précédents, existe de plein droit, mais il est permis de convenir qu'il ne sera pas exercé à raison des vices connus ou inconnus des parties (art. 342, 343).

Ainsi, le vendeur peut se faire exonérer de la responsabilité pour vices cachés, même s'il en connaissait l'existence. Une pareille clause ne pourrait pas être considérée comme un acte dolosif de la part du vendeur.

L'option résultant d'un vice caché consiste à faire résilier le contrat ou à le maintenir en gardant la chose moyennant le paiement intégral du prix. Aux termes de l'article 337, dernier alinéa, l'acheteur

1) V. Peltier, *op. cit.*, p. 33 et 34.

2) V. Girard, *Manuel de Droit romain*, p. 562

n'a pas le droit de demander une réduction du prix en raison des vices.

Si l'acheteur est averti des défauts de la chose avant d'en avoir reçu tradition, il peut résilier le contrat de son propre chef, à condition de porter à la connaissance du vendeur sa volonté de résiliation. La résiliation doit se faire par voie judiciaire, si l'acheteur ne découvre les vices de la chose qu'après en avoir reçu tradition (1).

Au cas où la chose acquiert un vice nouveau entre les mains de l'acheteur, celui-ci perd le droit de faire résilier le contrat en raison d'un vice rédhibitoire ; il peut seulement demander une réduction du prix (art. 345, 346). La somme à réduire doit être arbitrée par des experts.

Si le vice nouveau venait à disparaître avant ou même après que la réduction a été opérée, l'acheteur, se fondant sur les termes des articles 347 et 24, pourrait encore intenter valablement l'action en résolution contre le vendeur.

A la différence du droit français, il n'existe aucun délai, pour faire valoir utilement l'action résultant des vices rédhibitoires ; cette action s'éteint seulement dans les cas suivants :

1° Lorsque l'acheteur se comporte en maître après

1) V. Atif bey, *op. cit.*, liv. II, p. 134.

avoir découvert les vices (art. 344). Il a été jugé que la prise de possession, sans protestation, de la marchandise, ne prive pas l'acheteur du droit d'opposer, à la demande en paiement d'une traite donnée contre cette marchandise, la non conformité à l'échantillon ou un vice quelconque. (Jugement du 10 janvier 1900, aff. Calombo-Malbassian). Cette décision a été rendue en application de la règle du Médjellé (art. 312, 344), qui déclare que, tant qu'il n'a pas fait acte de propriétaire sur l'objet qu'on lui a vendu et livré, l'acheteur n'est pas déchu du droit de faire annuler la vente pour vice de la chose ou pour non conformité avec l'échantillon. Avec cette théorie on pourra donc faire résilier une vente plusieurs années après qu'on aura pris possession de l'objet vendu. V. Mandelstam, *op. cit.*, p. 102, 103.

2° Lorsque la chose acquiert une plus-value par suite d'un travail exécuté sur elle, ou si, étant frugifère, elle donne des fruits. Dans ces cas, également, l'acheteur peut demander une réduction du prix (art. 349, 350). Les fruits et produits, ainsi que la plus-value, n'éteignent le droit de résiliation que lorsqu'ils surviennent après la tradition.

D. — *Hiyar-i-nakd*, ou option de résiliation, que le vendeur peut se réserver en cas de non paiement du prix dans un délai déterminé (art. 313). Bien que ce droit d'option ressemble à l'action résolutoire ré-

sultant du pacte comissoire tacite dans les contrats synallagmatiques du droit français, il en diffère par ce qu'il doit être stipulé expressément. D'autre part, aux termes de l'article 314, en cas de non paiement du prix dans le délai déterminé, la vente n'est pas résolue de plein droit, elle devient simplement fautive ou illicite. Mais, ainsi que nous allons le voir (1), comme dans une vente illicite, l'acheteur, aux termes de l'article 371, acquiert la propriété de la chose après en avoir pris possession, et peut, par conséquent, faire valablement des actes de disposition, il pourrait faire sortir la chose de son patrimoine et mettre fin, du même coup, à l'action en résolution de son vendeur. Enfin, l'article 315 dispose que la vente serait nulle, de nullité absolue, en cas de décès de l'acheteur avant le paiement du prix. En conséquence, la propriété de la chose ne serait pas acquise aux héritiers de ce dernier, elle devrait être restituée au vendeur qui en demeure propriétaire.

E. — *Hiyar-i-va'f* ou option accordée à l'acheteur en raison de l'absence d'une qualité stipulée dans le contrat (art. 310).

Aux termes de l'article 311, ce droit d'option se transmet aux héritiers de l'acheteur et s'éteint lors-

1) V. infra, p. 119.

que ce dernier accomplit un acte de propriétaire sur l'objet qui lui a été vendu.

F. — *Hiyar-i-chart*, ou option que chacune des parties peut se réserver pendant un certain délai pour résilier le contrat par simple volonté unilatérale. C'est la condition purement potestative de l'article 1174 du Code civil français, qui rendrait nulle l'obligation, non pas parce qu'elle est illicite, mais parce qu'il n'y a pas d'engagement à proprement parler.

Ce droit de résiliation peut être valablement stipulé :

1° Dans l'intérêt du vendeur ; 2° dans l'intérêt de l'acheteur ; 3° au profit des deux parties contractantes à la fois, et, enfin, 4° au profit d'un tiers (Art. 300, 306, 307, 308, 309.)

L'effet juridique de cette option varie suivant qu'elle a été stipulée pour l'une ou l'autre des parties. Insérée dans l'intérêt du vendeur, elle empêche la formation du contrat ; autrement dit, le vendeur reste propriétaire de la chose si elle a été livrée à l'acheteur (art. 308). Et si, dans ce cas, elle vient à périr entre les mains de ce dernier, le vendeur a droit à la valeur de la chose appréciée au moment de la livraison. La vente n'ayant pas produit son effet, il n'y a pas lieu de tenir compte du prix convenu.

Si l'option a été stipulée au profit de l'acheteur

seulement, l'article 309 déclare que la chose sort du patrimoine du vendeur pour entrer dans le patrimoine de l'acquéreur.

Tous les jurisconsultes de l'école hanéfite sont d'accord pour admettre que, dans cette hypothèse, la chose sort du patrimoine du vendeur ; mais ils ne s'entendent pas sur le point de savoir si elle entre dans le patrimoine de l'acheteur. Ebou-Hanifé a enseigné la négative, tandis que ses deux célèbres disciples ont soutenu l'affirmative. L'article 309 a été rédigé suivant l'opinion de ces derniers.

Si la chose vient à périr, dans ce cas, entre les mains de l'acheteur, celui-ci doit le prix et non pas la valeur de la chose.

Au cas où le droit d'option serait subordonné à la volonté d'un tiers, l'option existerait, en même temps, au profit de la partie qui fait intervenir le tiers (1).

Le droit d'option s'éteint et la convention devient définitive :

1° Par l'expiration du délai convenu (art. 305).

2° Par la renonciation expresse de celui qui pouvait l'exercer, ainsi que par sa renonciation tacite ; cette dernière renonciation peut résulter de tout acte impliquant l'intention de ne pas faire usage du droit d'option (art. 302, 303, 304).

1 V. Haïdar, T. I, p. 483.

3° Par la mort de la partie au profit de laquelle l'option était stipulée, car celle-ci n'est pas transmissible aux ayants-cause des parties (art. 306). En conséquence, si l'option a été convenue dans l'intérêt du vendeur, la vente devient irrévocable par la mort de celui-ci, et, dans l'hypothèse inverse, les héritiers de l'acheteur ne peuvent pas faire valoir le droit d'option qui avait été stipulé dans l'intérêt de leur auteur.

Aux termes de l'article 307, lorsque l'option a été réservée au profit des deux parties à la fois, le contrat devient définitif seulement dans le cas où les deux parties renoncent à leur droit d'option.

Dans toutes les autres hypothèses, le contrat ne produit aucun effet. Les jurisconsultes hanéfites ne sont pas d'accord sur le point de savoir si la partie qui veut user du droit d'option, pour annuler le contrat, doit informer l'autre partie de son intention de le résilier.

Quel serait le sort des fruits et produits survenus pendant le délai de l'option ? D'après Ebou-hanifé, l'acheteur qui userait de l'option doit rendre les fruits civils au vendeur. D'après ses deux disciples, l'acheteur aurait droit à ses fruits et devrait rendre seulement la chose frugifère (1).

1) V. Haidar, T. I, p. 485.

— Pour compléter l'exposé des causes multiples de révocation dont la plupart sont spéciales au contrat de vente, citons brièvement les contrats qui sont essentiellement révocables : la société, le mandat (1) (art. 1521), le dépôt, le prêt à usage accompagné d'un terme ou non (art. 806), la donation (art. 862, 854), le contrat de gage avant la livraison du gage (art. 706) sont, d'après le Code civil, en principe révocables.

Ainsi, aux termes de l'article 1353, la société peut être dissoute par la volonté unilatérale d'un des associés, à la seule condition de porter la dissolution à la connaissance des autres associés (2). M. Mandelstam dit, à propos de cet article : « Il y a là un grave danger pour les étrangers qui contractent avec des Ottomans. Nous pouvons affirmer que le danger existe à l'égard des Ottomans associés également.

Par application de l'article 706, le gage ne peut être irrévocablement constitué que par la tradition matérielle de la chose remise en gage (jugement du Tribunal maritime mixte du 12 novembre 1902, aff. Banque Ottomane contre Compagnie Fraissinet). « Dans l'espèce, la Banque se disait créancière

(1) Le mandat devient irrévocable s'il a été consenti dans l'intérêt d'un tiers.

(2) V. Mandelstam, *op. cit.*, p. 100.

gagiste de marchandises qui avaient été embarquées à bord d'un bateau de la Compagnie Fraissinet, en vertu d'un connaissement endossé à son ordre, et revendiquait les dites marchandises. Le jugement du Tribunal, en rejettant la demande, rend impossibles toutes les opérations qui se font en vertu de connaissements » (1).

On serait peut-être surpris de constater l'existence de tant de causes de révocation unilatérale dans une législation qui a proclamé le principe d'après lequel le contrat se forme et devient parfait par le simple consentement des parties. Cette incohérence s'explique par le fait que l'idée des contrats irrévocables a été introduite à une date relativement récente, alors que les traces de l'ancienne conception de la révocabilité ont subsisté. »

Primitivement, chez les Arabes, le contrat n'obligeait les parties qu'autant qu'elles le voulaient bien (2). Aux premières époques de l'histoire des peuples, à un moment où la force prime encore le droit entre particuliers, l'idée de contrat irrévocable est incompatible avec le respect douteux que l'on a pour l'intérêt d'autrui. Les primitifs avaient,

1) Mandelstam, *op. cit.*, p. 103.

2) V. Dareste, *op. cit.*, p. 57.

pour leurs contrats, très probablement le respect que les puissances portent aujourd'hui aux traités internationaux.

De tous les peuples, les Arabes, surtout, ont été les moins disposés à la subordination. Les habitudes et les usages de la vie nomade ont fait d'eux primitivement un peuple rude, se plaisant dans la liberté et dans l'indépendance absolue.

La théorie des Hiyars, qui était en harmonie avec les mœurs primitives des Arabes, mérite-t-elle une place dans une législation moderne ?

Le but poursuivi par tous les Codes européens est d'assurer le respect des engagements, la sécurité des transactions et de protéger les intérêts des parties. Or, avec la théorie du Hiyar-i-ruyet et du Hiyar-i-aïb, telle qu'elle est interprétée par la jurisprudence, la sécurité des opérations juridiques se trouve compromise. Il est inadmissible qu'un commerçant puisse, par sa seule volonté, révoquer un contrat après plusieurs années, sous prétexte qu'il n'a pas encore vu la marchandise, et, surtout, qu'il ne soit pas permis aux parties d'écarter cette faculté de révocation par une clause spéciale.

CHAPITRE III

Théorie de la vente “ bâtil ” ou absolument nulle, de la vente “ mevcouf ” ou en suspens, de la vente “ faqid ” ou illicite (1).

SECTION I

Théorie de la vente « bâtil » et de la vente « mevcouf »

Pour que le contrat de vente soit valablement fait, la chose vendue doit réunir principalement les conditions suivantes :

I. Elle doit exister au moment où le contrat est conclu (art. 197).

II. Elle doit être un « bien » au sens de l'article 126 (art. 210).

III. Elle doit consister en un bien mutékavim, en d'autres termes, être dans le commerce (art. 199).

IV. Le vendeur doit avoir la propriété et la disponibilité de la chose.

Reprenons maintenant le développement de ces conditions.

(1) Les principes que nous analysons au sujet de la vente comportent une interprétation extensive et sont susceptibles de s'appliquer aux contrats en général

I. Comme conséquence du principe posé par l'article 197 précité, la vente qui porte sur un objet inexistant est frappée d'une nullité absolue. Ainsi, par exemple, l'article 205 dispose que la vente des fruits futurs d'un arbre n'est pas valable. En vertu du même principe, il serait impossible de vendre valablement les produits naturels du sol avant qu'ils en soient extraits, alors que la vente, dans la conception moderne de ce contrat, implique le transfert d'un droit d'une personne à une autre. Avec l'article 205 on peut condamner juridiquement la plupart des transactions civiles ou commerciales.

Comme conséquence du même principe, les contrats ayant un caractère aléatoire sont dénués d'effets juridiques. La spéculation, les affaires de bourse seraient également entachées de nullité absolue d'après cet article. On peut donc dire que le droit civil ottoman s'oppose à toute idée de spéculation, ce qui est l'essence même du commerce.

Par application de l'article 205 du Médjellé, il a été jugé qu'on doit considérer comme nulle, d'une nullité radicale, la vente d'une marchandise lorsque celle-ci n'existait pas au moment où le contrat a été passé (1) (arrêt infirmatif du Tribunal de Commerce mixte de Constantinople, siégeant en Cour d'appel, du 2 novembre 1903).

1. V. Mandelstam, *op. cit.*, p. 102.

Il faut signaler que les dispositions du Code civil relatives aux contrats et obligations s'appliquent indistinctement aux affaires commerciales comme aux affaires civiles, le Code de Commerce ne contenant aucune disposition en ce qui concerne l'objet des contrats commerciaux.

D'autre part, si, avant la promulgation du Code civil, les Tribunaux de commerce n'hésitaient pas à recourir au droit français pour combler les lacunes du Code commercial, ils ont été invités à y renoncer lorsque le droit civil sacré fut enfin codifié. Nous lisons, en effet, dans le rapport adressé au Grand-Vizir par la Commission de rédaction : « Les tribunaux de commerce de l'Empire, statuant d'après le Code de commerce, sont exposés à de grands embarras chaque fois que, dans un litige commercial, il surgit des questions incidentes en dehors des matières réglées par notre loi commerciale. En effet, si, pour ces questions, ils ont recours aux lois européennes, celles-ci, n'étant pas sanctionnées par le Souverain, n'ont pas force et vigueur dans l'empire et ne peuvent, par conséquent, servir de base à un jugement ». Ainsi, par suite de l'interdiction faite au juge ottoman de recourir à la source naturelle du Code de Commerce ottoman, c'est-à-dire au Droit français, pour les cas non réglementés par ce Code, ce sont toujours les dispositions du Médjellé

qui doivent s'appliquer aux affaires commerciales.

Le principe de l'article 205 pourrait donc être la source de beaucoup d'injustices, si on l'appliquait dans toute sa rigueur, sans tenir compte de la pratique des affaires commerciales.

Cependant, la prohibition édictée par l'article 205, si elle est juridiquement inadmissible aujourd'hui, devient très compréhensible quand on se place à l'époque où elle a été établie. En effet, le Prophète a défendu de disposer de ce qui n'est pas encore créé dans une société essentiellement agricole, où les contrats ont généralement pour objet la vente ou l'échange des fruits ou produits de la terre. Or, bien des accidents pouvaient empêcher, par exemple, le blé ou les fruits de se développer et de mûrir. D'autre part, des fluctuations pouvaient se produire dans les prix, par suite de la rareté ou de l'abondance éventuelles de la récolte ; et ces fluctuations étaient, dans les pays arabes, vraisemblablement fréquentes et sensibles, en raison de la pénurie des moyens de communication. De là de multiples litiges pouvaient naître entre les co-contractants. Le Prophète a cherché précisément à éviter, d'une manière absolue, les procès et, par conséquent, la discorde entre ses adeptes. Partant de cette idée, qui était si chère au fondateur de l'Islam, les jurisconsultes arabes ont même établi une règle fondamentale en droit musulman : ainsi, toute clause ou con-

dition insérée dans un contrat, susceptible de faire naître un litige entre les parties, est illicite et entraîne la nullité de la convention qui en dépend.

Nous aurons à étudier plus loin (1) les applications et les conséquences juridiques de cette règle qui apporte une grave atteinte au principe de l'autonomie de la volonté.

DE LA VENTE « SELEM »

Le Code civil ottoman, par dérogation à l'art. 205, admet la validité d'un contrat qu'on appelle *selem* ou vente à livrer, et qui a pour objet l'aliénation d'un objet inexistant (art. 123 et 380). On pourrait croire que, grâce à ce mode de vente, la prohibition édictée par les articles 197 et 205 serait paralysée et sans importance pratique. Il n'en est rien, car ce mode de vente n'a qu'un cercle d'application très restreint. Pour comprendre ce rôle réduit du *selem*, il faudrait remonter à l'origine de ce contrat. Les articles 381 et 387, textes fondamentaux dans la matière, nous révèlent nettement cette origine.

Aux termes de l'article 381, la vente *selem* n'est valable que lorsqu'elle a pour objet une chose fongible, susceptible d'être décrite en quantité et en qualité. Si, donc, les parties conviennent, par ce

1 V. infra, p. 126 et s.

contrat, l'achat des choses non fongibles, la convention serait frappée de nullité absolue (1).

D'autre part, l'article 387 déclare formellement que le prix doit, dans tous les cas, être versé immédiatement et au moment même où la convention a été conclue. Si l'acheteur quitte le « conseil de vente » sans avoir versé le prix entre les mains du vendeur, la vente est résiliée de plein droit (art. 387, dern. al.).

Ces deux articles, dont les dispositions peu pratiques en restreignent considérablement les applications, indiquent que la vente appelée *selem* est une convention par laquelle un bailleur de fonds avance une somme à une personne, généralement à un cultivateur, contre une certaine quantité de choses fongibles qui lui seront livrées dans un délai déterminé.

Cette convention est une opération à laquelle le cultivateur oriental a souvent recours, même de nos jours, pour se procurer de l'argent payable sur sa récolte future, afin de faire face aux exigences pressantes des agents du fisc, ou bien dans le but d'acheter des graines, des semences ou des subsistances.

Ce mode de vente doit certainement sa popularité, d'une part, à l'absence d'un régime hypothé-

1. Arif, *op. cit.*, T. II, p. 164.

caire en Orient, absence à laquelle on vient de remédier par une loi toute récente (1); d'autre part, à la prohibition légale de la vente des choses encore inexistantes.

La vente *selem* ayant été reconnue valable par la voie de l'*Istihsan*, c'est-à-dire *jure pretorio*, à titre exceptionnel, les dispositions impératives des articles 197 et 205 conservent toute leur vigueur et demeurent toujours le droit commun (2).

Il en est de même en ce qui concerne le contrat de commande, dont il est question dans les articles 388 à 392.

Ce contrat ne peut avoir pour objet que les choses fournies par l'industrie manufacturière ou par les autres métiers manuels. La validité en a été admise par voie de dérogation au principe de droit commun. En conséquence, les dispositions des articles 388 à 392 ne peuvent être l'objet d'une interprétation excessive (3).

II et III. Pour que la vente soit valable, la chose vendue doit consister, avons-nous dit, en un « bien » au sens de l'article 126 et doit être en outre muté-

(1) En raison des événements, il nous a été impossible de nous procurer cette loi et d'en connaître l'économie.

(2) V. *supra*, p. 97, l'arrêt précité du Tribunal mixte de Constantinople, en date du 2 novembre 1903.

(3) V. art. 15 du *Médjellé*, Atif, *op. cit.*, liv. II, p. 170.

kavim, en d'autres termes constituer un objet dans le commerce.

L'article 126 porte : « Bien se dit de toute chose, meuble ou immeuble, propre à satisfaire les besoins de l'homme et susceptible de se conserver afin d'être utilisé en cas de nécessité. » L'art. 127 dispose : « mal-i-mutékavim » (objet dans le commerce) a deux significations : 1° la chose dont la jouissance est permise ; 2° la chose dont on a acquis la possession.

Du rapprochement de ces deux textes, on conclut que les biens corporels seuls peuvent faire l'objet d'une vente valable. Il a été jugé, en effet, que « la part d'intérêt d'un associé dans une exploitation commerciale ou industrielle n'est pas comprise, d'après les articles 126 et 127 précités, parmi les biens mutékavim et ne saurait, par suite, faire l'objet d'une cession » (jugement du tribunal mixte de Constantinople, octobre 1912. Le drogman espagnol a, dans ce jugement, refusé sa signature) (1).

Le droit musulman, comme le droit romain primitif, du reste, connaît le principe de l'intransmissibilité des créances. Les docteurs arabes ont exprimé ce principe par la maxime juridique suivante : « *Est nulle l'aliénation d'une créance faite à une personne autre que le débiteur* » ; en d'autres termes, un

1, V. Mandelstam, *op. cit.*, p. 103.

créancier ne peut pas céder valablement son droit de créance à un tiers. Cette règle, qui a reçu d'importantes dérogations, peut s'expliquer, soit par le principe de l'intransmissibilité des obligations, soit par la théorie du « bien mutékavim », qui résulte des articles 126 et 127 combinés. En effet, la créance est, dans la conception des juristes musulmans, un rapport de droit abstrait, essentiellement personnel et non susceptible de possession. Dès lors elle n'entre pas dans la définition des art. 126 et 127 et elle ne peut, par conséquent, faire valablement l'objet d'un contrat de vente (1).

Le prêteur musulman, poussé, sans doute, par les nécessités de la pratique, a admis, de bonne heure, trois dérogations importantes au principe de l'inaliénabilité des créances, dérogations qui sont citées par les commentateurs eux-mêmes.

Première dérogation : Aux termes de l'art. 848 du Médjellé, un créancier peut aliéner valablement sa créance à un tiers par un acte de donation entre vifs accompagné d'un mandat à l'effet de recevoir paiement de cette créance. C'est la *procuratio in rem suam* du droit romain, qui reçoit son application en droit musulman seulement dans l'hypothèse de l'art. 848. Le donataire agit d'abord comme mandataire du créancier et conserve ensuite ce qu'il touche

1) V. Atif, liv. II, p. 56.

en qualité de donataire. En réalité, la procuration n'opère pas le transfert de la créance, car la donation, dit l'art. 848 *in fine*, ne devient parfaite qu'après la réalisation de la créance.

Deuxième dérogation au principe de l'inaliénabilité des créances : C'est la délégation consistant en une cession de créance combinée avec la novation par changement de débiteur. Ainsi, par exemple, un vendeur peut céder à un de ses débiteurs la créance qu'il a sur son acheteur. C'est l'exemple même cité par l'art. 252. Pour que cette cession ou aliénation de créance soit valable, il faut que le cédant (le vendeur dans l'espèce) soit débiteur du cessionnaire d'une part et créancier du cédé, c'est-à-dire de l'acheteur, de l'autre. A défaut de la première condition, l'opération tomberait sous le coup de la maxime : *est nulle l'aliénation d'une créance faite à une personne autre que le débiteur*. Par conséquent, un vendeur qui voudrait consentir un prêt à un tiers ne pourrait pas céder à ce dernier la créance que le contrat de vente fait naître à son profit (1).

Y a-t-il dans l'exemple de l'article 252 une véritable cession de créance ? Nous croyons plutôt qu'il s'agit d'une novation par changement de créancier :

(1) V. Haïdar Effendi, T. I, p. 407, et T. II, p. 645.

la créance du vendeur est éteinte et remplacée par une nouvelle. Nous en¹ trouvons la preuve dans l'art. 690, al. dern., aux termes duquel si un créancier gagiste cède sa créance à un de ses propres créanciers, il ne pourra plus détenir le gage. Par conséquent, si la première créance s'était transmise elle-même, la garantie accessoire l'aurait suivie et le nouveau créancier aurait conservé le gage. Or, telle n'est pas la solution de l'art. 690 précité.

Une autre hypothèse qui entre dans cette dérogation, c'est la novation par changement de débiteur faite collectivement entre le créancier, le débiteur primitif et le nouveau débiteur. Dans cette hypothèse, ce dernier acquiert la créance, moins les sûretés, en payant la dette du débiteur (1). Il n'y a pas davantage ici à proprement parler cession de la créance elle-même ; en d'autres termes, la première créance et celle dont se trouve investi le tiers ne sont pas identiques ; la preuve en est que les garanties sont éteintes.

Donc, l'ancienne créance ne se transmet pas au tiers. Quant au recours de celui-ci, il est fondé sur le consentement du premier débiteur. En effet, pour que le second débiteur soit investi d'un droit de recours, le concours du premier débiteur est néces-

1. V. l'art. 688, Atif, liv. v, p. 22.

saire dans l'acte, sinon il y aurait *expromissio* et aucun recours ne pourrait être exercé contre ce dernier.

Troisième dérogation au principe de l'inaliénabilité des créances : C'est la libéralité testamentaire adressée à une personne autre que le débiteur (1).

Quant à la transmission des créances aux successeurs *ab intestat*, elle est fondée, comme en droit romain, sur l'idée de la continuation de la personne du défunt par les héritiers ; il n'y a pas, ici non plus, de transmission à proprement parler.

Les dérogations que nous venons de citer ont, sans doute, été imposées par les besoins de la pratique. Mais, à la différence des prêteurs romains, les préteurs musulmans n'ont pas pu pousser plus loin leurs réformes et détruire complètement la rigueur du principe de l'incessibilité des créances, car ils se sont heurtés justement à la règle immuable qui a fait naître l'article 205. On peut dire que la vente d'une créance reste toujours une opération illicite.

Si nous envisageons le problème au point de vue passif, nous constatons que le Droit musulman, à l'instar du Droit romain et du Droit français, ne connaît pas non plus la cession de dette ou la succession à la dette d'autrui avec tous ses accessoires.

1. Atti bey, liv. II, p. 83 ; liv. V, p. 12 ; Haudar Effendi, T. II, p. 645.

Le transport de dette défini dans l'article 673 n'est, en réalité, qu'une novation par changement de débiteur ; on éteint l'ancienne dette pour la remplacer par une nouvelle. Nous en avons la preuve dans l'article 690 qui détermine les effets de cette novation. En effet, cet article dispose que l'effet de l'acte dit « hawalé » est de libérer le premier débiteur ainsi que la caution, si la créance était accompagnée d'une sûreté personnelle.

IV. En énumérant les conditions principales que doit réunir la chose vendue, nous avons dit que le vendeur doit en avoir la disponibilité et la propriété :

1° Il doit en avoir la disponibilité ; par conséquent la vente d'un objet donné en gage ou en location, faite sans le consentement du locataire ou du créancier gagiste, est subordonnée à la ratification de ces derniers ; on dit, dans ce cas, que la vente est en suspens (*mevcouf*). Si le locataire ou le créancier gagiste consent à la vente, celle-ci devient parfaite. A défaut de ce consentement, l'acheteur peut demander la résiliation de la vente, même s'il connaissait l'existence du contrat de bail ou de gage au moment de la conclusion de la vente (1) (art. 368, 590, 747).

Il existe une autre sorte d'indisponibilité qui,

1 V. *Ajif*, liv. III, p. 123 ; liv. VI, p. 37.

celle-là, entraîne, non pas l'annulabilité, mais la nullité absolue de l'acte : c'est le cas de la vente d'un esclave ou d'un animal qui est en fuite, ou d'un bateau naufragé qui se trouve au fond de la mer.

Dans ces hypothèses, la vente, aux termes de l'article 209, est entachée de nullité radicale et ne produit aucun effet juridique, de sorte que même si, par hasard, l'esclave ou l'animal qui était en fuite rentre chez son maître, la vente ne se trouve pas confirmée par l'exécution réciproque des deux prestations, à moins que les parties ne s'avisent de procéder à un nouvel acte juridique.

2° Le vendeur doit avoir la propriété de la chose vendue.

Le défaut du droit de propriété en sa personne n'entraîne pas la nullité du contrat. On dit, dans ce cas également, que la vente est en suspens. Elle est valable et produit l'effet translatif, mais l'acheteur acquiert un droit de propriété imparfait, dit Haïdar Effendi (1). Ce droit ne devient parfait et irrévocable que si le vrai propriétaire ratifie la vente (art. 111, 368, 378). Aux termes de l'article 1453, « la ratification postérieure vaut mandat préalable » *Ratihabilio mandato acquiparatur*. Par conséquent, les fruits et produits que la chose vendue donne

1 V. *op. cit.*, T. I, p. 219, V. aussi Atif bey, liv. II, p. 9.

dans l'intervalle qui se place entre la conclusion et la ratification du contrat restent acquis à l'acheteur.

D'après l'article 378, quatre conditions sont requises pour que la ratification produise son effet juridique :

1^{re} et 2^e conditions : Le vendeur, ainsi que l'acheteur, parties à l'acte, doivent exister, c'est-à-dire ne pas être décédés au moment où l'acte sera ratifié.

3^e condition : La chose vendue doit également exister en ce moment, sans avoir subi une transformation de nature à lui faire changer de nom. La chose est considérée comme périée quand elle change de forme, par exemple quand le blé se transforme en farine. Si le prix consistait en un corps certain, il devrait également subsister au moment où la ratification se produit.

4^e condition : Le vrai propriétaire doit survivre à la vente, car c'est de lui seul que peut émaner une ratification valable. En conséquence, ses héritiers ne peuvent pas ratifier la vente après le décès de leur auteur.

A défaut d'une de ces quatre conditions, le contrat est dissous de plein droit, et la chose, si elle existe, redevient la propriété du vendeur. Si elle a péri effectivement ou fictivement, sa valeur doit en être remboursée.

Quelle serait la solution si le vendeur devenait propriétaire de la chose postérieurement à la conclusion de la vente ? Les auteurs de Droit musulman font ici une distinction entre les différents modes d'acquisition : le vendeur acquiert la propriété de la chose par un acte à titre onéreux ou gratuit, par exemple, il l'achète au vrai propriétaire ou celui-ci la lui donne, ou bien encore il la recueille dans la succession de ce dernier. Tous ces événements restent sans influence sur le sort de la vente qui ne peut plus être ratifiée, car, disent-ils, l'acquisition se place à un moment ultérieur à sa conclusion. Mais si le vendeur était un usurpateur, de qui le vrai propriétaire obtient une indemnité équivalente à la valeur de l'objet au moment de l'usurpation, la vente se trouve validée de plein droit, car le vendeur est censé avoir acquis la propriété de la chose au moment même de l'usurpation, c'est-à-dire antérieurement au contrat de vente (1).

Quoique la vente de la chose d'autrui soit translatrice de propriété, elle est néanmoins révocable au gré de l'acheteur avant d'être ratifiée par le tiers propriétaire. Le vendeur également est libre de révoquer la vente tant qu'elle n'a pas été ratifiée. La bonne ou la mauvaise foi des parties est indifférente.

(1) V. Haïdar, T. I, p. 632.

Elles peuvent recourir à la révocation par volonté unilatérale, même si elles savaient, au moment de la conclusion du contrat, que la chose appartenait à autrui. Le seul effet de la mauvaise foi de l'acquéreur, c'est que celui-ci ne peut pas exercer le recours en garantie en cas d'éviction (1).

Le droit musulman ne connaît pas la maxime juridique: « En fait de meubles, possession vaut titre ». Il permet, par conséquent, au propriétaire d'un bien meuble, de le revendiquer partout où il le trouve. L'action en revendication dirigée contre le tiers ne peut être paralysée que lorsque les deux conditions suivantes se trouvent réunies :

1° Il faut que le tiers soit de bonne foi et qu'il ait en outre un juste titre ; le juste titre consiste en un acte translatif de propriété ;

2° Il faut qu'une valeur supérieure ait été incorporée du chef de l'acquéreur à la chose revendiquée. Ainsi, par exemple, l'acheteur construit une maison de 10.000 francs sur un terrain de 9.000 francs. Dans ce cas, le tiers ne pourrait pas triompher dans l'action en revendication, si l'acheteur était de bonne foi au moment de l'acquisition. Le tiers revendiquant peut seulement réclamer la valeur du terrain. Les juristes musulmans justifient cette

1 V. Haïdar, *op. cit.*, T. I, p. 638.

solution par l'art. 29, aux termes duquel, lorsqu'on se trouve en présence de deux préjudices, on doit choisir le moindre.

Dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire au cas où la valeur de la construction se trouve inférieure à la valeur du terrain, ou bien, à défaut de la première condition (juste titre et bonne foi), le tiers revendiquant peut reprendre le terrain après avoir fait démolir la construction. Et si la démolition est préjudiciable au terrain, il a le choix : il peut ou bien s'approprier la construction en remboursant à l'acquéreur évincé la valeur que les matériaux auront après la démolition, moins les frais de cette démolition (art. 885 et 906) ; ou bien il peut faire démolir la construction et réclamer à l'acheteur des dommages et intérêts, en raison du préjudice causé par la suppression de la construction (1).

RECOURS EN GARANTIE EN CAS D'ÉVICTION. — Le Médjellé consacré à l'importante question du recours en garantie un seul et unique article : « Quiconque trompe une personne, à l'occasion d'un acte à titre onéreux, doit garantie à ce dernier » (art. 658) et, pour mieux préciser le principe, l'article ajoute à la suite l'exemple suivant : « Si quelqu'un achète un terrain sur lequel il élève une construction et qu'un

(1) Haïdar, *op. cit.*, T. II, p. 123 et 124.

tiers revendique le dit terrain, l'acheteur peut alors réclamer au vendeur, outre la valeur du terrain, — c'est-à-dire le prix d'après les commentateurs — le prix de la construction au moment où il en fait livraison entre les mains du vendeur. »

Les commentateurs s'attachent à la lettre de la loi et concluent que, si la construction venait à être détruite par un incendie avant qu'elle ne soit livrée entre les mains du vendeur, l'acheteur évincé ne pourrait exercer le recours que pour le prix du terrain seulement (1).

Il en serait de même, disent-ils, si, le vendeur étant absent, le tiers revendiquant obligeait l'acheteur évincé à enlever la construction. Dans ce cas également, comme il y aurait impossibilité matérielle à livrer la construction entre les mains du vendeur, le recours ne pourrait avoir pour objet que le prix du terrain. C'est l'opinion qui a été enseignée par le grand jurisconsulte musulman Ebou-Hanifé, opinion à laquelle s'est rallié son célèbre disciple Ebou-Youssouf. Quant à l'Imam-i-Mohamed, celui-ci enseigne une opinion différente. D'après ce dernier, l'acheteur qui se trouverait dans l'obligation de démolir la construction pourrait en conserver les matériaux pour les livrer ensuite au vendeur dès

1 V. Haïdar, *op. cit.*, T. II, p. 122.

qu'il sera présent et lui réclamer la valeur au moment de la démolition. Mais on a admis en droit musulman comme règle générale que, lorsque l'opinion du Grand Maître se trouve jointe à celle d'un de ses disciples, elle doit l'emporter sur l'opinion enseignée par le disciple dissident.

Haïdar Effendi, en résumant la jurisprudence sacrée relative au recours en garantie, conclut (1) : que l'indemnité que doit payer le vendeur de la chose d'autrui en cas d'éviction ne représente pas tous les dommages subis par l'acheteur évincé, soit que la chose revendiquée consiste en un bien meuble ou immeuble (2). En conséquence, l'acheteur évincé ne pourra pas faire entrer dans son recours le préjudice qu'il aurait subi pour avoir manqué une acquisition avantageuse. L'auteur va même jusqu'à soutenir, en termes formels (3), que si le tiers revendiquant obtient une indemnité de l'acheteur évincé en raison du préjudice causé au terrain par la démolition de la construction, ce dernier ne pourrait pas faire entrer cette indemnité dans le recours en garantie qu'il aura à verser contre son vendeur.

On voit par là que les auteurs du droit musul-

(1) *Op. cit.*, T. II, p. 123

(2) *Op. cit.*, T. I, p. 634.

(3) *Op. cit.*, T. II, p. 124.

man se font une conception très étroite de la théorie des dommages-intérêts (1-2).

CONDITIONS POUR QUE LE RECOURS EN GARANTIE SOIT VALABLE ET OPPOSABLE AU VENDEUR. — *Première condition* : Il faut que l'acheteur évincé ait été de bonne foi, c'est-à-dire qu'il ait eu la croyance que la chose appartenait à son vendeur.

En conséquence, il ne pourrait exercer aucun recours s'il était de mauvaise foi au moment de la vente (3).

Deuxième condition : L'acheteur doit avoir acquis la chose par un acte à titre onéreux. Un acte trans-

(1) Voici d'autres exemples de la conception étroite que le droit musulman se fait de la théorie des dommages-intérêts :

« Par application de l'art. 74 du Médjellé, qui ordonne de ne pas prendre en considération les choses douteuses ou incertaines, il a été décidé qu'une réclamation de dommages-intérêts doit être rejetée si le préjudice n'a constitué qu'une privation de bénéfice (jugement rendu sur requête civile par la Chambre maritime mixte de Constantinople, en date du 17 septembre 1903, Aff. Rouvell-Société d'Héraclée. » — V. Mandelstam, *op. cit.*, p. 102.

(2) L'art. 187 du Médjellé nous fournit un autre exemple de la conception étroite que le droit musulman se fait de la théorie des dommages-intérêts : un vendeur, au moment de la conclusion du contrat stipule qu'il lui sera remis par l'acheteur un gage en garantie du prix de la chose vendue à terme. Le contrat de gage étant révoicable, tant que le créancier gagiste n'a pas été mis en possession de l'objet, l'acheteur peut refuser valablement de livrer le gage. En cette occurrence, le vendeur ne peut que résilier le contrat de vente et ne réclamer que la restitution de la chose vendue, sans avoir la faculté de demander des dommages-intérêts.

(3) V. Haïdar, *op. cit.*, T. II, p. 121.

latif de propriété à titre gratuit ne fait donc pas naître l'obligation de garantie en cas d'éviction (1).

Les juristes musulmans refusent (2) également le recours en garantie, pour le cas d'éviction, à l'acheteur qui aurait acquis un immeuble en se fondant sur son droit de «choufâ» ou retrait d'indivision que lui accordent les art. 950, 1008 et suivants (3).

Troisième condition : L'acheteur doit avoir été évincé par suite d'un jugement fondé sur des moyens de preuves opposables au vendeur. Aux termes de l'art. 78, un jugement d'éviction, basé sur l'aveu ou sur le refus de prêter le serment déferé à l'acheteur, n'est pas opposable au vendeur (4). *A fortiori*, l'acheteur ne pourrait pas exercer le recours en garantie si, pour éviter un procès inutile, il abandonnait volontairement la chose, le droit du revendiquant lui ayant paru évident.

RECOURS CONTRE LE VENDEUR PRÉCÉDENT. — Le vendeur qui a indemnisé l'acheteur évincé peut exercer

(1) V. *ibid.*, T. II, p. 125.

(2) V. Haïdar, *op. cit.*, T. II, p. 121.

(3) Le choufâ ou retrait d'indivision n'est autre chose que la sanction de la propriété collective; l'origine de cette institution remonte aux temps où les Arabes vivaient à l'état de tribus. Cependant, le code Civil ottoman ne lui consacre pas moins de 40 articles (de 950 à 953 et de 1008 à 1044) et les commentateurs la développent avec un grand luxe de détails. (V. Haïdar, *op. cit.*, T. III, p. 125 et s.).

4 V. Haïdar, *op. cit.*, T. II, p. 121.

également le recours en garantie contre son propre vendeur. Ebou-Hanifé, ainsi que ses deux disciples, sont d'accord sur ce point. Mais il y a controverse entre eux sur la question de savoir si ce recours doit avoir pour objet le remboursement de tout ce que le dernier vendeur a été obligé de payer à l'acheteur évincé ou s'il doit porter sur le prix que le premier vendeur avait touché seulement.

REFUS DE L'ACTION DIRECTE OU OBLIQUE A L'ACHETEUR ÉVINCÉ CONTRE LES VENDEURS PRÉCÉDENTS. — L'acheteur évincé peut-il atteindre les vendeurs précédents par l'action oblique ou par l'action directe ? Cette voie de recours peut présenter un grand intérêt en cas d'insolvabilité de l'aliénateur immédiat, ou même dans le cas où celui-ci serait un simple donateur non tenu de l'obligation en garantie.

A la différence du Droit français, le Code civil ottoman, dans ses art. 1640 et 1641, refuse, d'une manière générale, à un créancier, toute action contre le débiteur de son débiteur. Par conséquent, l'acheteur évincé, devenu créancier de son vendeur, ne pourrait pas exercer valablement, ni l'action directe, ni l'action oblique, contre les vendeurs antérieurs, débiteurs de son vendeur.

SECTION II

Théorie de la vente « façid » ou illicite

Une vente est façid ou illicite au sens du droit musulman, lorsque l'une des deux prestations, le prix ou l'objet, se trouve indéterminée (art. 213), ou bien lorsque le prix n'est pas un objet dans le commerce (art. 212), ou bien encore lorsque dans une vente à terme, le terme est inconnu (art. 245 et 246), et enfin lorsqu'une clause illicite se trouve jointe au contrat de vente (1).

Une vente illicite ne produit aucun effet par le seul consentement des parties. Cependant, à la différence d'un acte bâtil ou absolument nul, qui ne produit jamais aucun effet, la vente façid est translatrice de propriété par la simple tradition (art. 370, 371). Il faut signaler, d'ailleurs, que le droit de propriété acquis par suite d'un acte façid accompagné de tradition est très fragile. En effet, la nullité ou le caractère illicite dont se trouve entaché un acte façid étant d'ordre religieux, les parties indistinctement peuvent résilier le contrat même après que la tradition a été opérée (art. 372). Résilier un acte façid, c'est même une obligation religieuse. La vente illicite constitue un acte irreligieux, disent les com-

1) V. Haïdar, *op. cit.*, T. I, p. 299.

mentateurs (1). Aussi le juge également peut-il annuler d'office un acte juridique, dès qu'il en découvre le caractère illicite.

Un acte façid, en raison de son caractère irrégulier, ne saurait jamais être validé. Cependant, aux termes de l'art. 372, l'action en nullité qui en résulte se trouve paralysée lorsqu'un des événements suivants se produit :

1° Lorsque la chose périt par suite d'une cause fortuite ;

2° Lorsqu'elle est « consommée » par l'acheteur ;

3° Lorsqu'elle subit une transformation de nature à lui faire changer de nom (transformation du blé en farine) ;

4° Lorsque l'acheteur l'a fait sortir de son patrimoine par un acte valable. Le droit de son acquéreur devient ainsi inattaquable ;

5° Lorsqu'une valeur se trouve incorporée à la chose par le fait de l'acheteur.

Sauf ces cas limitativement énumérés, le contrat peut toujours être résilié. La mort des parties ne met donc pas fin à l'exercice du droit de résiliation.

Les ayants-cause des parties peuvent user de ce droit au même titre que leurs auteurs (2).

Il en serait de même si la chose venait à subir

(1) V. Haïdar, *op. cit.*, T. 1, p. 621 ; Atif, liv. x, p. 26.

(2) V. Haïdar, *op. cit.*, T. 1, p. 623.

une détérioration par cas fortuit ou encore par le fait de l'acheteur. Le vendeur pourrait, quand même, résilier le contrat et réclamer une indemnité équivalente à la diminution de valeur résultant de la détérioration. Au cas où le droit du vendeur se trouve paralysé par l'un des événements cités dans l'art. 372, il pourrait, en se fondant sur les termes de l'art. 371, réclamer la valeur de la chose au moment de la livraison, et non pas le prix qui a été stipulé par les parties (1). Il faut signaler une remarquable différence entre les effets de la vente bâtil et ceux de la vente façid, en ce qui concerne la responsabilité en cas de perte fortuite de l'objet ; d'après l'art. 370, dans une vente bâtil, l'acheteur se trouve libéré de l'obligation de restituer la chose, si celle-ci venait à périr par suite d'un cas fortuit, tandis qu'aux termes de l'art. 371, dans une vente façid, la perte de la chose qui se produit de la même manière entre les mains de l'acquéreur ne libère nullement ce dernier. Le vendeur peut lui réclamer la valeur de la chose au moment de la tradition.

DE LA VALEUR JURIDIQUE DES CLAUSES QUI PEUVENT ACCOMPAGNER UN CONTRAT DE VENTE (2). — Les clauses

(1) V. Atif, liv. II, p. 159.

2 V. Atif, liv. I, *op. cit.*, p. 47 et s. ; Haïdar, T. I, p. 179 et s.

jointes à un contrat de vente peuvent être classées en trois catégories :

Première catégorie : clauses qui sont pleinement valables.

Deuxième catégorie : clauses nulles et non avenues sans que la convention qui en dépend soit atteinte de cette nullité.

Troisième catégorie : clauses nulles et qui rendent nuls les contrats qu'elles accompagnent.

Nous reprenons le développement de chacune de ces trois catégories :

Première catégorie : Clauses qui sont pleinement valables : elles se subdivisent en quatre classes.

A. — Celles qui ont pour but de réitérer, de marquer d'une manière expresse les effets juridiques normaux d'une convention (art. 186). Ainsi, par exemple, les parties stipulent que le vendeur aura le droit de rétention sur la chose tant que le prix ne lui sera pas payé. Cette clause est licite parce qu'elle ne fait que préciser un des principaux effets de la vente.

B. — Clauses qui ont pour but d'assurer la bonne exécution d'une convention (art. 187). Aux termes de cet article, le vendeur peut stipuler qu'une sûreté réelle ou personnelle lui sera fournie en garantie du paiement du prix. Cette clause est valable et, si

l'acheteur ne la respecte pas, le vendeur peut demander la résiliation du contrat (même article, alin. dernier).

Il résulte des termes de l'article 187 que la remise des arrhes, si elle a pour but d'assurer la bonne exécution d'un contrat, est une opération licite ; mais, comme moyen de dédit d'un contrat formé, elle n'est point valable, car le Prophète aurait défendu la vente avec arrhes ayant un caractère pénitentiel (1). La clause de dédit, qui est permis en Droit moderne, serait, en Droit civil ottoman, illicite et entraînerait la nullité absolue du contrat qu'elle accompagne. Elle ferait partie des stipulations de la troisième catégorie. Il est à remarquer, cependant, que l'institution des arrhes avec fonction probatoire est assez répandue dans la pratique en Orient. Les parties mettent souvent fin, par là, aux longues discussions qui précèdent généralement le marché et donnent un commencement d'exécution à leur convention.

C. — Clauses par lesquelles les parties se réservent le droit d'opter, pendant un certain délai déterminé, pour la résiliation ou pour la confirmation de l'acte. Ici entrent en scène les droits d'option conventionnels que nous avons déjà étudiés (2).

(1) V. Mouwatta de Malik, *Traduction de Frédéric Peltier*, p. 1 et s.

(2) V. *supra*, p. 90.

D. — Clauses par lesquelles l'une des deux parties stipule une condition admise dans la coutume régnante du pays (art. 188).

Cette clause, dont la validité a été reconnue par voie de l'Istihsân (*jure pretorio*) (1), n'est licite que si elle ne va pas à l'encontre d'une disposition formelle du droit sacré. Aussi, la clause de dédit, en matière d'arrhes, si répandue soit-elle, ne peut-elle pas être reconnue valable en droit ottoman.

Serait également nulle, malgré qu'elle soit d'un usage constant, la clause par laquelle, dans la liquidation d'une société commerciale, on déroge au principe de l'art. 1123 du Medjellé, qui dispose que « la chose à partager doit être un corps certain et que, par conséquent, le partage avant le paiement d'une créance conjointe n'est point valable ».

Par application de l'article 1123 précité, il a été jugé qu'est nul « le contrat d'après lequel, à la dissolution d'une société commerciale, l'un des associés prend tout l'actif formé des marchandises et des créances et s'engage à payer en espèces, à l'autre associé, la valeur qu'ils ont fixée d'un commun accord pour la part de ce dernier (jugement du 27 février 1317, aff. Gornatchevsky-Féraud). Le mode de liquidation qui a été ainsi déclaré nul est cependant d'un usage constant dans le commerce » (2).

1° V. Haïdar, T. I, p. 295.

2° V. Mandelstam, *op. cit.*, p. 102.

Il en serait de même de la clause qui met les risques de la perte fortuite du gage à la charge du constituant (1). Cette clause, si usitée soit-elle, est nulle, parce qu'elle est contraire aux dispositions de l'article 1108 du Médjellé, ainsi que d'un hadis d'après lequel la perte fortuite du gage entre les mains du gagiste entraîne l'extinction de la créance (2).

Deuxième catégorie : Clauses nulles et non avenues, sans que la convention qui en dépend soit atteinte de cette nullité :

Aux termes de l'article 189, la clause par laquelle les parties stipulent une obligation qui n'aurait aucun intérêt pour l'une des deux parties contractantes est nulle. Ainsi, par exemple, la clause qui impose à l'acheteur l'inaliénabilité de la chose ou l'obligation d'envoyer paître (de ne pas tuer) l'animal qu'il a acheté, est nulle et non avenue (art. 189, alin. dern.). La convention s'exécute comme si cette condition n'avait pas été stipulée.

D'après les commentateurs du Code civil (3), tomberait également sous le coup de l'article 189, et serait, par conséquent, nulle et non avenue, la clause par laquelle les parties stipulent une prestation dans

(1) V. Haïdar, *op. cit.*, T. 1, p. 181.

(2) V. *infra*, p. 133 et s.

(3) Haïdar, *op. cit.*, T. 1, p. 298. V. aussi Atif, *liv. II*, p. 48.

l'intérêt d'un tiers. Ainsi, par exemple, dit Haïdar, si le vendeur met à la charge de l'acheteur, outre le prix, l'obligation de consentir un prêt à un tiers, la clause relative au prêt doit être effacée. Et, par application de la même idée, le commentateur ajoute que, si le vendeur d'un immeuble impose à l'acheteur l'obligation d'y faire habiter une personne déterminée, cette condition ne produirait aucun effet juridique.

Ainsi qu'on le voit, le commentateur rejette la validité d'une stipulation au profit d'un tiers, qui serait valable, en droit français, comme formant la condition d'une stipulation que l'on fait pour soi-même.

Troisième catégorie: Clauses nulles et qui rendent nuls les contrats qu'elles accompagnent :

Toute clause qui a pour but de procurer à l'une des deux parties un intérêt quelconque en dehors de la contre-prestation qu'elle reçoit, est nulle et entraîne la nullité de la convention, si, toutefois, elle ne rentre pas parmi l'une des catégories de clauses valables indiquées précédemment (1).

Il est une règle fondamentale que les juristes musulmans ont déduite d'un hadis ; c'est celle en vertu de laquelle toute clause ou condition susceptible de

(1) V. Haïdar, *op. cit.*, T. I, p. 299 ; Atif, liv. II, p. 48.

faire naître un litige entre les parties, est illicite et entraîne la nullité de la convention qui en dépend (1). Les jurisconsultes considèrent que l'avantage stipulé au profit de l'une des deux parties, en dehors de la contre-prestation qu'elle reçoit, est susceptible de faire naître le désaccord entre elles et tombe sous le coup de la règle fondamentale que nous venons de mentionner.

Par application de cette règle, un contrat de vente qui met à la charge de l'acheteur, outre le prix, l'obligation de prêter ou de faire donation d'une chose déterminée, est nul.

Rentre également dans cette catégorie de conventions nulles la clause qui met à la charge de l'acheteur l'obligation de nourrir ou de soigner le vendeur jusqu'à son décès (2). Signalons que l'opération de vendre un bien, meuble ou immeuble, moyennant une rente viagère, est, de plus, entachée d'un autre vice, car, le prix étant indéterminé, l'opération elle-même est illicite aux termes des articles 237, 238, 239.

Le contrat par lequel un débiteur vend un objet à son créancier, en stipulant que le prix ne sera pas compensé avec la dette préexistante, est également nul, car, la compensation étant obligatoire et forcée,

(1) V. Haïdar, T. I, p. 296 et 299.

(2) Haïdar, *op. cit.*, T. I, p. 300.

dit Haïdar, la clause contraire constituerait un avantage au profit de l'une des deux parties (1).

En vertu de ce même principe, la vente à réméré serait également illicite si la validité n'en avait pas été expressément admise par les jurisconsultes au moyen de l'Istihsân (2).

(1) Ibid., *op. cit.*, T. I, p. 301.

(2) V. Atif, liv. I, p. 39, et art. 32 du Médjellé.



DEUXIÈME PARTIE

AUTRES THÉORIES EN CONTRADICTION AVEC LE DROIT MODERNE

Dans les précédentes parties de notre thèse, nous avons essayé de mettre en relief certaines dispositions relatives à la théorie des contrats et obligations qui sont étudiées en droit ottoman à propos de la vente et qui ne se trouvent pas en harmonie avec les conceptions du droit moderne. Dans cette partie nous allons exposer différentes théories étudiées par les commentateurs, en appendice à la matière des obligations, parce qu'il s'agit de garanties d'obligations contractées, comme le droit de rétention, le gage ; ou des sanctions de ces obligations, résultant par exemple de la résolution des contrats pour inexécution des engagements souscrits, etc.

CHAPITRE PREMIER

Du droit de rétention

Les auteurs du Droit musulman n'ont pas songé à construire une théorie générale sur le droit de rétention. Les rédacteurs du Code n'ont pas davantage formulé une règle générale à ce sujet. Ils se sont contenté seulement de le mentionner dans quelques textes et d'en reconnaître l'existence (art. 729 pour le créancier gagiste, art. 482 pour les ouvriers ou fabricants chargés de faire un travail sur un objet quelconque ; art. 278 pour le vendeur non payé ; art. 403 pour l'acheteur à réméré).

Les textes où il est question du droit de rétention ne sont pas sans présenter une certaine incohérence ainsi qu'une originalité particulière. En effet, d'après le Droit ottoman, un ouvrier, un fabricant chargé de fournir un travail sur un objet qui lui a été confié, aura le droit d'en refuser la délivrance, tant qu'il n'est pas payé, suivant que son travail a laissé ou non une trace sur cet objet. Ainsi, par exemple, l'article 482 accorde le droit de rétention à un tailleur à façon, ainsi qu'à un teinturier, jusqu'au paiement intégral du prix de son travail, tandis que l'article 483 refuse, en termes formels, le droit de rétention

à un voiturier ou à un armateur pour le frêt ou les frais de transport, leur travail n'étant pas susceptible de laisser une empreinte visible sur la marchandise transportée. Le texte ajoute que, si le voiturier ou l'armateur refusent injustement la délivrance de l'objet et si celui-ci périt entre leurs mains, même par cas fortuit, le maître de la chose a le choix : il peut, ou bien réclamer la valeur de la chose à l'endroit où il l'a remise au transporteur, ou bien encore, après avoir payé le prix du transport, en réclamer la valeur au lieu où elle a été transportée.

Ainsi, l'article 483 refuse au voiturier ou à l'armateur le droit de rétention, même si le transport a donné une plus-value à la marchandise transportée. Donc, la condition du droit de rétention, c'est la corrélation matérielle entre la chose retenue et la créance réclamée. On se retrouve donc en présence de la célèbre conception matérialiste du *debitum cum re junctum*.

EFFET EXTINGTIF PRODUIT PAR LA PERTE DE LA CHOSE RETENUE RELATIVEMENT A LA CRÉANCE. — D'après l'article 482, al. dern., le droit de rétention produit un effet extinctif par rapport à la créance en cas de perte de l'objet retenu. En d'autres termes, si la chose retenue vient à périr par cas fortuit entre les mains du créancier, la créance se trouve éteinte par l'effet de la perte.

Pour bien comprendre la portée générale de cette règle fondamentale du Droit musulman, il faut exposer un des principaux effets du contrat de gage; c'est ce qui va faire l'objet du chapitre suivant.

CHAPITRE II

Effet instinctif de la perte du gage entre les mains du créancier

Aux termes de l'article 1108, les risques de perte de la chose engagée sont à la charge du créancier gagiste, autrement dit, la perte fortuite du gage entre les mains de ce dernier entraîne l'extinction de la créance jusqu'à concurrence de la valeur de la chose au moment de la tradition.

Le créancier gagiste répond de la valeur totale du gage en cas de perte ou détérioration survenue par sa faute ou par sa négligence.

L'effet extinctif exorbitant de la perte fortuite du gage, consacré nettement par l'article 1108, est également reconnu par les dispositions de l'article 399 relatif à la vente à réméré. Ce texte édicte que : si la chose qui fait l'objet de la vente à réméré péricule entre les mains de l'acheteur, la créance représentée par le prix se trouve éteinte par l'effet de cette perte. Or, le contrat de vente à réméré, aux termes de l'article 3 du Médjellé, produit les mêmes effets juridiques que le contrat de gage (1).

1. V. Ali Haïdar, *op.cit.*, T. II, p. 345.

D'autre part, l'article 280 nous fournit une preuve de plus de cet effet extinctif du gage. Aux termes de cet article, le vendeur conserve le droit de rétention sur l'objet vendu, même après avoir accepté et reçu un gage de la part de l'acheteur. Or, c'est précisément en raison de l'effet extinctif de la perte du gage que le vendeur ne perd pas le droit de rétention.

Pour justifier l'effet extinctif du gage, les docteurs musulmans s'appuient sur les termes d'un hadis célèbre du Prophète. D'après le commentateur du Médjellé, l'Idjmâ également se serait formée après avoir consacré le principe de l'extinction, bien que le système chafite ne se soit pas rallié à l'opinion du hadis (1).

Voici les termes du hadis dont il s'agit : « Lorsqu'une personne donne comme gage un cheval, dit le Prophète, et que ce cheval périt entre les mains du créancier gagiste, ce dernier perd son droit. »

Bien que ce hadis mentionne visiblement la solution d'une question d'espèce, les jurisconsultes hanéfites et, avec eux, les rédacteurs du Code civil, l'ont accepté comme un principe général sans se préoccuper de son incompatibilité avec l'intention des parties. L'effet extinctif du gage fondé sur le hadis est tellement énergique que les parties ne peuvent pas l'écarter

(1) V. Ali Haïdar, *op. cit.*, T. II, p. 333.

par une stipulation contraire. La clause qui mettrait les risques de la perte fortuite à la charge du constituant serait nulle et non avenue, sans que le contrat de gage soit atteint par cette nullité (1).

Rétroactivité de l'effet extinctif : L'effet extinctif de la perte du gage se produit rétroactivement et remonte jusqu'au moment où le créancier en avait reçu tradition. Dès lors, en cas de perte fortuite, le constituant est libéré jusqu'à concurrence de la valeur que le gage avait au moment de la tradition (2).

D'autre part, comme conséquence de la même idée, si l'objet périt après le paiement de la dette et avant que le gage ne soit restitué, le débiteur peut répéter la somme qu'il avait donnée au créancier en paiement de sa dette (2).

EFFET DE LA PERTE DU GAGE DONNÉ EN GARANTIE D'UNE CRÉANCE FUTURE. — Les juristes arabes se sont préoccupés de la question de savoir quelle serait la solution en cas de perte d'un gage qui a été fourni pour garantir une créance future. Ils ont envisagé, à cet égard, trois hypothèses :

(1) V. Ali Haïdar, *op. cit.*, T. II, p. 341.

(2) Dans les développements précédents nous avons supposé, pour simplifier, que la valeur du gage était égale à la créance garantie. Signalons que, si cette valeur est supérieure à la créance, en cas de perte totale, l'excédent est supporté par le débiteur ; et en cas de perte partielle, le risque est subi proportionnellement par le créancier et le débiteur.

3/ V. Haïdar, *op. cit.*, T. II, p. 335 et s.

Première hypothèse : Le chiffre de la créance future a été déterminé par les parties et se trouve égal à la valeur du gage au moment de la livraison. Si la chose périt avant que le montant de la somme prêtée soit effectivement avancé, le créancier gagiste devient débiteur dans la mesure du crédit qu'il avait ouvert à son client.

Deuxième hypothèse : Le chiffre de la créance future a été déterminé, mais la valeur du gage se trouve inférieure à ce chiffre. Si le gage vient à périr avant que le constituant ait profité du crédit que le gagiste lui avait ouvert, ce dernier doit rembourser à son client la valeur du gage.

Troisième hypothèse : Le chiffre du crédit ouvert n'a pas été fixé au moment de la conclusion du contrat. En ce qui concerne la solution de cette hypothèse, les opinions des juristes hanéfites sont partagées ; d'après une première opinion, le créancier gagiste doit accorder au constituant une somme égale à la valeur du gage. Une autre variante du système hanéfite enseigne une opinion différente ; d'après celle-ci, la perte du gage devrait être supportée par le débiteur. Enfin, d'après une troisième opinion, il appartiendrait au créancier gagiste de déterminer le chiffre de la somme qu'il doit avancer au constituant (1).

1) V. Ali Haïdar, *op. cit.*, T. II, p. 270.

Les jurisconsultes musulmans se sont occupés de la question de savoir par qui serait supportée la perte des fruits civils et naturels, ou des produits de la chose donnée comme gage. Aux termes de l'article 715, le droit de rétention du créancier gagiste s'étend aux fruits naturels et aux produits, à l'exclusion des fruits civils. Mais, par contre, en vertu de l'article 48, la perte des fruits naturels et des produits est supportée par le constituant (1).

D'autre part, les commentateurs font une distinction entre les fruits civils et les fruits naturels. Ceux des fruits qui ne sont pas de la même nature que le gage, en d'autres termes, qui ne sont pas nés de sa substance même, comme le loyer d'une maison ou le prix de location d'un cheval, ne sont pas compris dans le gage. Par conséquent, le créancier gagiste ne pourrait pas retenir le loyer de la chose engagée.

MOYEN JURIDIQUE DE FAIRE SUPPORTER LES RISQUES DE PERTE AU DÉBITEUR CONSTITUANT. — D'après les commentateurs (2), l'article 749 du Médjellé fournit au gagiste le moyen d'éviter les risques de perte de la chose engagée. Aux termes de ce texte, le créan-

1) V. Atif, *op. cit.*, liv. vi, p. 13 ; Haïdar, *op. cit.*, T. II, p. 277.

2) V. Atif, *op. cit.*, liv. vi, p. 38 ; Ali Haïdar, *op. cit.*, T. II, p. 364.

cier, après avoir reçu tradition de la chose, peut valablement, sans préjudice de son droit de préférence, par une convention de précaire, confier le gage au constituant et le remettre entre ses mains. La validité du gage, à la différence du droit français, n'exige donc pas la dépossession permanente du débiteur. Une fois que le contrat de gage a été formé par la remise matérielle de la chose, le créancier peut faire valablement, avec le constituant, une convention de précaire. A partir de ce moment, comme le créancier gagiste se trouve matériellement dépossédé de la chose et comme il n'encourt les risques de perte qu'à la condition de posséder le gage, il échappe, grâce à cette combinaison, à cet aléa et à la responsabilité qui s'ensuivrait pour lui.

Aux termes des articles 752 et 753, les parties peuvent convenir que la détention du gage sera confiée à un tiers. Cependant, comme « le tiers possède pour le compte du créancier » (art. 752, alin. 1^{er}), la perte du gage entre les mains du tiers dépositaire produit le même effet que la perte qui se produirait entre les mains du créancier.

Il résulte de ce qui précède, que la théorie du gage se trouve, quant à l'un de ses principaux effets juridiques, en pleine contradiction avec le droit moderne, sans que les parties puissent paralyser cet effet par une clause contraire.

CHAPITRE III

Protections légales accordées aux vendeurs non payés et aux créanciers en général

La loi ottomane accorde au vendeur le droit de résolution, lorsque l'acheteur qui a promis de fournir une caution ou un gage en garantie du paiement du prix, ne remplit pas cette obligation (art. 187).

D'autre part, dans son art. 313, que nous avons déjà signalé (1), le Médjellé permet de stipuler qu'une vente sera tenue pour non avenue en cas de non paiement du prix dans un délai déterminé. Mais, en dehors de ce cas, il n'accorde pas aux parties le droit de résoudre le contrat pour inexécution des engagements ; en d'autres termes, il n'y a plus de pacte commissoire tacite en droit ottoman.

L'art. 375 dispose que, dans une vente parfaite, aucune des deux parties ne peut résilier le contrat. Haïdar Effendi ajoute (2), à propos de cet article, que, en dehors des cas prévus par la loi, la vente parfaite ne peut être résolue par volonté unilatérale sous aucun prétexte.

1) V. *supra*, p. 88.

2) V. T. I, p. 628.

En conséquence, le droit ottoman n'accorde au vendeur dessaisi aucune autre garantie que l'action personnelle qui lui permet de poursuivre le paiement du prix seulement.

REFUS DE L'ACTION EN REVENDICATION AU VENDEUR NON PAYÉ. — Le vendeur n'a pas non plus l'action en revendication, ou plus exactement la revendication du droit de rétention, que l'art. 2102, 4°, du Code civil français accorde, en cas de vente au comptant d'objets mobiliers non payés, car l'art. 281 du Méd-jellé décide que le vendeur qui a livré la chose volontairement, perd son droit de rétention et ne peut, par conséquent, le recouvrer ensuite pour s'assurer le paiement du prix.

ABSENCE DU PRIVILÈGE AU PROFIT DU VENDEUR NON PAYÉ. — Le vendeur non payé, qu'il s'agisse d'une vente mobilière ou d'une vente immobilière, ne possède pas non plus de privilège sur le prix de la chose vendue. En effet, l'art. 295 range parmi les créanciers chirographaires le vendeur dessaisi et non payé, lorsque l'acheteur tombe en déconfiture, encore que la chose se trouve en nature dans le patrimoine de ce dernier.

Toutes ces particularités montrent que le droit ottoman est trop rigoureux pour le vendeur non payé. En lui refusant le privilège, il sanctionne un véritable enrichissement sans cause, car le gage des

autres créanciers de l'acheteur se trouve augmenté gratuitement au détriment du vendeur. D'autre part, la loi se met en contradiction avec l'intention des parties. Il est évident que le vendeur n'a entendu se lier qu'à la condition que l'acheteur exécuterait lui aussi son engagement.

« Dans une législation qui admet le transfert immédiat de la propriété, dit M. Planiol, le privilège est nécessaire pour prévenir une iniquité (1). »

Les garanties du vendeur s'imposent dans l'intérêt même de l'acheteur, car il est évident que sous l'empire d'une législation qui protège efficacement les intérêts du vendeur, les opérations à crédit s'accomplissent plus facilement et dans une mesure relativement plus large.

DE L'ACTION OBLIQUE ET DE L'ACTION DIRECTE. — Le droit musulman rejette l'action oblique, dont l'exercice est permis par le droit français aux créanciers du chef de leurs débiteurs, ainsi que l'action directe, qu'un créancier peut, dans certains cas, exercer de son propre chef contre le débiteur de son propre débiteur. Voici les textes du Médjellé qui ont trait à ces deux catégories d'actions : L'art. 1639 dispose : « Qu'un créancier n'a pas d'action contre le depositaire de son débiteur » et, pour

1. V. *Droit civ.*, T. II, p. 816.

rendre plus claire cette formule, le texte ajoute : « En conséquence, le créancier n'est pas recevable à faire la preuve de son droit de créance en présence du dépositaire et à en réclamer le paiement sur l'objet déposé. »

L'art. 1638, dont l'al. 1^{er} déclare : « Qu'un acquéreur n'a pas d'action contre le dépositaire de son vendeur », fait suivre le texte de l'exemple suivant : « Si Primus réclame de Secundus la livraison d'un immeuble qu'il a acheté à Tertius ; Secundus peut valablement repousser l'action de Primus en invoquant sa qualité de dépositaire. »

L'art. 1640 décide : « qu'un créancier n'a pas d'action contre le débiteur de son débiteur. »

L'art. 1641 dispose : « qu'un vendeur n'a pas d'action contre l'acquéreur de son acquéreur. Par exemple, l'action d'un vendeur non payé n'est pas recevable lorsqu'elle tend à réclamer du sous-acquéreur le prix de la chose ou la restitution du droit de rétention. » A ces textes, Haïdar Effendi ajoute (1) :

1^o Qu'un légataire particulier n'a pas d'action contre le dépositaire du *de cuius* ;

2^o Que celui qui a été victime d'une usurpation n'a pas d'action contre le dépositaire de l'usurpateur.

(1) V. T. v, p. 153.

D'autre part, l'art. 1504 décide que le mandataire non salarié n'est pas tenu de l'obligation d'aller recouvrer le prix de la chose qu'il a vendue à terme en qualité de mandataire. Mais il doit donner à son mandant une procuration spéciale à cet effet. En conséquence, le mandant a besoin d'un mandat inverse pour pouvoir atteindre le tiers acquéreur.

Signalons enfin que, si le mandant n'a pas d'action contre l'acquéreur, ce dernier peut, aux termes de l'art. 1503, se libérer valablement en versant le prix entre les mains du mandant. Haïdar Effendi fait remarquer (1) que l'art. 1503 a un caractère exceptionnel ; en d'autres termes, l'effet libératoire du paiement visé dans cet article ne se produit que par la voie de l'Istihsân.

L'art. 1590 du Médjellé se rattache au même ordre d'idées. Voici de quoi il s'agit dans ce texte : « Primus se déclare débiteur de Secundus pour une somme déterminée ; Secundus déclare à son tour que cette créance est la propriété de Tertius. Tertius devient donc « titulaire » de la créance. Cependant il ne pourrait astreindre Primus à lui rembourser la créance, à moins que Primus ne consente à la lui payer de son propre chef, auquel cas Secundus ne peut plus réclamer le paiement de la créance. »

(1) V. T. II, p. 859.

D'après Ali Haïdar Effendi (1), le paiement effectué volontairement par Primus produit également son effet libératoire par la voie de l'Istihsân (*jure pretorio*).

(1) V. *op. cit.*, T. iv, p. 240 et 241.



TROISIÈME PARTIE

AUTRES LACUNES DU CODE CIVIL OTTOMAN

Dans cette partie, nous aurons à étudier d'abord dans un premier chapitre certaines dispositions relatives à la société qui a été étudiée par le Code dans un livre séparé et après la matière des obligations. Nous ferons suivre ce chapitre d'un second chapitre qui sera consacré à l'étude de l'indivisibilité des créances conjointes, car cette matière a été traitée dans le Code à propos du contrat de société, ceci en raison tout simplement du caractère conjoint des créances. Les chapitres suivants seront consacrés successivement, conformément à l'ordre suivi par le Code et par les commentateurs, à l'examen du quasi-contrat, comme l'enrichissement sans cause, à l'indivisibilité de l'aveu et à certains effets de l'aveu, et enfin à la prescription. Dans un dernier chapitre, nous étudierons l'influence que le droit romain a exercée sur le droit musulman.

CHAPITRE PREMIER

Lacunes en matière de Société

Bien qu'en cette matière, beaucoup de règles juridiques venant des institutions romaines, suggérées très probablement par la pratique des affaires, aient été introduites en droit musulman (1), les juriscultes théoriciens ont élaboré des règles qui paraissent en complète opposition avec les principes du droit moderne.

Ainsi, d'après l'art. 1338, les apports sociaux doivent consister en argent effectif, et l'art. 1341 dispose que : les droits de créance ne peuvent pas faire valablement l'objet d'une mise dans une société ; par conséquent, si un associé apporte de l'argent effectif, alors que l'autre fait son apport en créances, la société est nulle. L'art. 1342 ajoute : « Une société ne peut pas être valablement constituée avec des apports consistant en corps certains autres que l'argent effectif » et, aux termes de l'art. 1409 : « Dans une société en commandite, le capital social

(1) Notamment les dispositions relatives à la répartition des bénéfices et des pertes, à la prohibition des sociétés léonines, à l'affranchissement d'un associé des pertes éventuelles, etc. (V. Darreste, *op. cit.*, p. 58).

ne peut consister ni en corps certains, mobiliers ou immobiliers, ni en créances non encore réalisées. »

Comme conséquence du principe posé par les textes précités, ne pourront pas être admis dans une société les commerçants qui voudraient faire des apports en marchandises, en immeubles, en crédits ou en valeurs publiques (1).

JUSTIFICATION DE LA RÈGLE POSÉE PAR L'ART. 1338. — Les créances ne peuvent pas faire l'objet d'un apport social, par application de la maxime précédemment étudiée : « Est nulle l'aliénation d'une créance faite à une personne autre que le débiteur (2). »

Quant à la prohibition concernant les corps certains, les auteurs la fondent sur une parole du prophète, d'après laquelle : « la conversion en numéraire des apports de ce genre donnerait lieu à un enrichissement sans cause entre associés (3). »

D'autre part, la jouissance des corps certains ne peut pas davantage faire l'objet d'un apport social valable (4). Cette prohibition n'est pas écrite en termes formels dans le Code, mais elle résulte des espèces visées dans les art. 1343 et 1344. D'après l'article 1343, le propriétaire d'un cheval, d'une part, et

(1) V. Mandelstam, *op. cit.*, p. 100.

2) V. *infra*, p. 103 et s.

3) Haïdar, T. III, p. 634.

(4) *Ibid.* T. III, p. 637.

le propriétaire d'une voiture, de l'autre, ne peuvent pas constituer une société licite ayant pour but de louer la voiture et de partager le prix de location.

Le contrat serait également illicite aux termes de l'art. 1344, si l'un des associés apportait un cheval et l'autre des marchandises dans le but de former une société de marchands ambulants pour vendre les marchandises et en partager le prix.

Les dispositions relatives aux apports des associés constituent une lacune d'autant plus grave que le Code de Commerce ottoman ne contient aucune disposition en ce qui concerne la nature des apports sociaux (1).

Nous avons déjà signalé qu'aux termes de l'article 1353, « la société peut être dissoute par la volonté d'un des associés à la seule condition de porter la dissolution à la connaissance des autres associés », et que la part d'intérêt d'un associé dans une exploitation commerciale ou industrielle ne peut pas faire l'objet d'une cession valable au profit d'un associé ou d'un tiers (2). Cette session a été reconnue nulle par la jurisprudence, non pas parce que la Société est contractée en considération de la personne, mais parce que cette part d'intérêt n'entre pas dans la notion des « biens » définie dans

1. V. Mandelstam, *op. cit.*, p. 100.

2. V. Mandelstam, *op. cit.*, p. 93.

les articles 126 et 127 et ne peut, par conséquent, faire l'objet d'une vente valable. Ainsi la cession d'une part d'intérêt dans une société ne peut-elle pas être autorisée par le contrat social.

PRINCIPE DE LA NON REPRÉSENTATION EN MATIÈRE DE SOCIÉTÉ CIVILE. — Le droit musulman admet bien qu'un acte juridique peut être accompli par une personne pour le compte d'une autre, de façon que tous les effets de cet acte se produisent sur la tête de la personne pour le compte de qui l'acte juridique a été accompli. Cependant, par une survivance de l'ancienne idée de la non représentation juridique d'une personne par une autre, la loi ottomane contient, en matière de société, deux textes ainsi conçus :

1^o Article 1377 : « Le contrat ne fait naître des obligations qu'entre les parties contractantes. En conséquence, le droit de prendre possession de la chose achetée, ainsi que l'obligation d'en payer le prix, incombent à l'associé qui a été partie à l'acte. Aussi l'acquéreur ne pourrait-il pas réclamer le prix à l'autre associé.

Le droit de réclamer le prix de la chose vendue appartient également à l'associé qui a été partie au contrat de vente ; en conséquence, si l'acheteur paye le prix entre les mains d'un autre associé, il est libéré — par voie de l'Istihsân, dit Ali Haïdar (1) —

1 V. *op. cit.*, T. III, p. 635.

de la part de celui-ci seulement ; et il reste, par conséquent, débiteur de celle de l'associé vendeur.

Et si l'associé qui a procédé à la vente donnait mandat à un tiers à l'effet de recouvrer le prix, l'autre associé ne pourrait révoquer ce tiers de son mandat. »

2^e Article 1378 : « Le droit de faire résilier un contrat de vente pour vices rédhibitoires est un des effets produits par l'acte. En conséquence, un associé n'aurait pas le droit de demander la résiliation d'un contrat d'achat qu'un autre associé aurait conclu. Et réciproquement, l'acquéreur d'un bien social ne pourrait demander valablement la résiliation du contrat pour vices rédhibitoires à un associé qui n'a pas été partie à l'acte. »

La présence, dans le Médjellé, de ces deux textes, qui rappellent le principe de la non représentation, s'explique par le fait que les jurisconsultes musulmans n'ont jamais songé à abroger l'ancienne idée de la non représentation, alors qu'ils avaient admis la théorie de la représentation en matière de mandat.

C'est un phénomène très fréquent en droit musulman : une règle juridique n'est jamais franchement abolie, malgré les nombreuses dérogations qu'elle reçoit au cours de son évolution. Les Romains, déjà, avaient suivi la même méthode.

Nous avons vu que le principe de l'intransmissi-

bilité d'un droit de créance, l'interdiction de vendre un objet inexistant, subsistent malgré les nombreuses dérogations que les nécessités pratiques ont imposées à ce sujet. L'interdiction du prêt à intérêt est devenue purement théorique à partir du jour où un Iradé Impérial a été rendu pour autoriser le prêt à intérêt au taux légal de 9 %.

Enfin, de nombreuses solutions juridiques, que nous avons exposées dans notre étude, ont été reconnues légales par voie de l'Istihsan, *jure pretorio*, alors que, d'après le droit commun, elles devraient être considérées comme illicites.

CHAPITRE II

De l'indivisibilité des créances conjointes

Une créance conjointe (1), qu'elle soit contractée par un ou par plusieurs débiteurs, ne peut pas faire l'objet d'un partage valable entre les créanciers conjoints tant qu'elle n'a pas été recouvrée. L'art. 1123 est ainsi conçu : « La chose à partager doit être un corps certain ; en conséquence, le partage avant le paiement d'une créance conjointe n'est pas valable. »

(1) Sont considérées comme conjointes :

1^o Les créances héréditaires existant au profit de deux ou de plusieurs héritiers (art. 1092).

2^o La créance résultant d'un legs adressé à deux ou à plusieurs légataires (Haïdar, *op. cit.*, T. III, p. 274).

3^o La créance née par suite d'un dommage causé à un bien indivis (art. 1093).

4^o La créance née de l'aliénation ou de la location d'un bien commun par un seul acte juridique, à la condition que la part de chaque co-propriétaire dans la créance n'ait pas été désignée au moment de la conclusion de l'acte (art. 1095).

5^o La créance résultant de la vente ou de la location, par un seul acte juridique, des biens appartenant à différents propriétaires, si la part de chacun dans la créance n'a pas été déterminée dans l'acte (art. 1096.)

6^o La créance existant au profit de deux ou de plusieurs cautions qui ont affecté une somme commune à l'extinction de la dette, cautionnée sur l'ordre du débiteur principal (art. 1097).

7^o La créance née d'un prêt consenti par un seul acte à un ou plusieurs emprunteurs sur une somme commune entre deux personnes (art. 1094).

Les auteurs de droit musulman n'invoquent pas moins de quatre arguments pour justifier l'indivisibilité juridique des créances conjointes (1).

Premier argument : Aux termes des articles 1116, 1117 et 1118, le partage est un acte déclaratif et attributif à la fois. Or, si l'on admettait le partage d'une créance conjointe, on se heurterait, disent-ils, à la prohibition établie par la maxime juridique que nous avons déjà signalée : « Est nulle l'aliénation d'une créance faite à une personne autre que le débiteur » (2).

Deuxième argument : Le partage, affirment-ils, est un acte matériel qui ne pourrait se concevoir à propos d'une créance, car une créance n'est, en réalité, qu'une abstraction de la raison. La créance est donc impartageable par sa nature.

Troisième argument : Une créance, n'ayant pas d'existence intrinsèque, ne peut faire l'objet d'un acte juridique valable. Et si, dans certains cas, il a été dérogé exceptionnellement à ce principe, c'est en raison de la nécessité qui imposait ces dérogations. Or, dans le partage des créances, cette nécessité ne s'impose pas.

Quatrième argument : La raison d'être du partage, c'est d'assurer, disent-ils, à chaque co-parti-

(1) V. Haïdar, T. III, p. 345.

(2) V., pour le développement de cette maxime, supra, p. 103 et s.

geant, la jouissance de son lot. Or, une créance n'est pas susceptible de procurer une jouissance, tant qu'elle n'a pas été réalisée, si l'on pense qu'elle est inaliénable.

Par application du principe formulé dans l'article 1123, le partage entre héritiers d'une ou de plusieurs créances héréditaires est nul (art. 1123, al. dern.). En conséquence, la créance reste impartageable même après le décès du créancier.

L'acte de partage serait également nul alors que chaque lot se composerait en grande partie de corps certains (art. 46) (1).

« Le contrat, dit Mandelstam (2), d'après lequel, à la dissolution d'une société commerciale, l'un des associés prend tout l'actif formé des marchandises et des créances et s'engage à payer en espèces à l'autre associé la valeur qu'ils ont fixée d'un commun accord pour la part de ce dernier, est nul par application de l'art. 1123 du Médjellé (jugement du 27 février 1317 du Tribunal de Commerce mixte de Constantinople, Aff. Gornatchevski-Féraud). L'usage constant entre commerçants d'un mode de liquidation analogue n'a pas prévalu dans la jurisprudence, car un usage semblable irait à l'encontre de l'art. 1354, qui est ainsi conçu : « Si, au moment de

1 V. Haidar, T. III, p. 346.

2 *Op. cit.*, p. 102.

la résiliation d'une société, l'un des associés prend l'argent effectif et, l'autre les créances non encore recouvrées, ce partage n'est point valable. L'argent effectif ainsi que les créances demeurent la co-propriété des associés. »

Le Code civil ottoman s'est tellement attaché au principe de l'indivisibilité des créances, qu'il a consacré plusieurs textes aux différentes applications de ce principe :

ART. 1101. — Toute somme qu'un des créanciers reçoit en paiement d'une dette conjointe, est la propriété commune de tous les créanciers, qui peuvent chacun réclamer leur part. Le créancier à qui le paiement a été fait ne peut se l'approprier d'une façon exclusive.

ART. 1107. — Si le débiteur d'une dette conjointe s'engage à travailler pour le compte d'un des créanciers moyennant un salaire équivalent à sa part, l'autre créancier peut réclamer une somme proportionnelle à la sienne.

ART. 1108. — Si l'un des créanciers conjoints reçoit du débiteur un gage en garantie de sa part et si celle-ci se trouve éteinte par la perte du gage, l'autre créancier peut réclamer à son co-crédancier une indemnité proportionnelle à la sienne.

ART. 1109. — Si un des créanciers conjoints obtient une sûreté personnelle en garantie de sa part ou fait nover celle-ci sur un second débiteur, l'autre créancier conjoint peut demander le partage proportionnel de tout ce que son co-crédancier reçoit de la caution ou du second débiteur.

Comme conséquence de l'art. 1101, qui ne permet à un créancier conjoint que de garder la moitié d'une somme reçue en paiement, le Médjellé aurait

dû accorder à chaque créancier le droit d'exiger le paiement de la totalité de la créance. Or, telle n'est pas la solution du Code (1).

L'art. 1100 dispose que : « dans une créance conjointe, chaque créancier peut demander le paiement de sa part. »

Ce n'est que lorsqu'il s'agit d'une créance héréditaire qu'un des héritiers peut, en vertu de l'article 1642, al. 1, poursuivre le ou les débiteurs pour la totalité de cette créance. Cependant l'héritier poursuivant ne peut demander l'exécution du jugement obtenu que dans la mesure de sa part héréditaire (même art., al. 4).

Cas où le principe de l'indivisibilité est inapplicable

ART. 1110. — Si un des créanciers conjoints fait au débiteur « donation » ou « remise » de sa part, l'autre co-créancier ne pourrait rien réclamer du créancier donateur.

Dans cette hypothèse, le créancier donateur n'ayant reçu aucun payement effectif, le principe de l'indivisibilité de la créance ne reçoit pas son application.

La solution serait la même si la part d'un des créanciers conjoints se trouvait compensée avec une créance du débiteur, antérieure en date à la créance conjointe (art. 1111, al. 2). Mais si la cause de la com-

1) V. Haïdar, T. III, p. 287, et T. IV, p. 224.

pensation est postérieure en date à la créance conjointe, la compensation est assimilée au paiement et le principe de l'indivisibilité devient applicable. Ainsi, par exemple, si l'un des créanciers conjoints fait subir au débiteur un dommage proportionnel à sa part, il y a lieu à compensation, et l'autre créancier peut, par conséquent, réclamer à son co-crédancier une somme proportionnelle à la sienne (1) (Art. 1111, al. 1).

Par application du principe de l'indivisibilité d'une créance conjointe, un créancier ne pourrait, sans avoir obtenu le consentement des autres, accorder valablement au débiteur un délai ou une prolongation de délai (art. 1112). La prohibition établie par cet article étant absolue, un créancier conjoint ne pourrait accorder un délai même pour sa part (2), ceci équivaldrait à un partage de la créance.

Moyen juridique de tourner l'indivisibilité

Pour remédier aux inconvénients pratiques de l'indivisibilité des créances, les juristes arabes ont cherché des subterfuges licites permettant à un créancier conjoint de s'approprier exclusivement le paiement partiel qu'il pourrait obtenir du débiteur. Il n'a,

1 V. Haïdar, T. I, p. 301.

(2) V. Haïdar, T. III, p. 306.

disent-ils, qu'à se faire consentir, par le débiteur, une donation *sub-modo* d'une somme égale à sa part, dont la contre-prestation serait la remise de cette part. Pour arriver au même résultat, le créancier pourrait également vendre au débiteur conjoint une chose d'une valeur insignifiante, une boîte d'allumettes, par exemple, — nous empruntons l'exemple à Haïdar Eff., — moyennant un prix égal à sa part dans la créance conjointe, et lui faire ensuite remisé de cette part (1).

(1) V. Haïdar, T. III, p. 303.

CHAPITRE III

Théorie de l'enrichissement sans cause

A la base de chaque législation, on trouve un grand principe d'équité, savoir que nul ne doit s'enrichir sans cause au détriment d'autrui. Malgré que ce principe soit dicté par le bon sens, par l'équité, et par le droit naturel, on ne le trouve formulé d'une manière précise dans aucun article du Médjellé. Bien plus, si l'on examine quelques-unes de ses dispositions relatives à cette théorie, on constate qu'avec ses constructions trop rigides, il rejette dans bien des cas le principe de l'enrichissement sans cause.

Refus de l'action « de in rem verso » pour dépenses faites sur la chose d'autrui

A. — L'art. 723 met à la charge du créancier gagiste les frais de garde de la chose engagée.

D'après l'art. 724, le constituant supporté les dépenses nécessaires à la conservation de la chose.

L'art. 725 décide que « si le créancier gagiste ou le constituant entreprend de son propre chef les dépenses incombant à son co-contractant, il fait par là un acte de libéralité et ne peut, pour ce motif, exercer aucun recours. »

Ainsi qu'on le voit, l'art. 725 refuse formellement l'action de *in rem verso* au créancier gagiste pour les dépenses que la conservation de la chose peut lui imposer. Ce refus peut lui être d'autant plus préjudiciable que la perte du gage, sans même qu'il y ait faute de sa part, entraînerait l'extinction de la créance. Les commentateurs du Code vont plus loin (1) : ils considèrent que l'obligation que l'article 723 met à la charge du créancier a un caractère « vadjib », c'est-à-dire inéluctable. Aussi la clause par laquelle le créancier gagiste se ferait promettre un salaire pour la garde du gage serait-elle nulle. C'est dans ce sens que s'est prononcée la Chambre des fetvas du Département du Cheïk-ul-Islam.

D'autre part, en ce qui concerne les impenses faites par le locataire d'un immeuble, l'art. 529 contient la règle suivante : « Les réparations qui nuisent à l'usage d'un immeuble sont à la charge du bailleur ; par exemple, ajoute le texte, les frais de curtage d'un moulin à eau doivent être supportés par le propriétaire..., et, si le preneur fait ces frais de son propre chef, il accomplit une sorte de libéralité et ne peut, par conséquent, en réclamer le montant au bailleur.

L'art. 530 ajoute que : relativement aux réparations

1 V. Haïdar, T. II, p. 291 ; Atif, liv. VI, p. 18.

faites par le preneur avec l'autorisation du bailleur, et concernant l'amélioration ou la conservation de la chose, le locataire peut en réclamer les frais, même si cette autorisation lui a été donnée purement et simplement, c'est-à-dire sans clause de retour ; et, s'il s'agit de menues réparations, le locataire ne peut en demander le remboursement que lorsque l'autorisation a été accompagnée d'une clause expresse de recours.

En ce qui a trait au louage des choses, l'art. 561 déclare : « l'entretien d'un cheval loué est à la charge du propriétaire... ; mais, si le preneur l'entretient sans y avoir été autorisé, il fait un acte de libéralité et ne peut par suite en réclamer les frais. »

Signalons enfin l'art. 586, d'après lequel : Lorsqu'un dépositaire fait des dépenses pour entretenir un cheval qui lui a été laissé en dépôt sans avoir été autorisé par le déposant ou, en son absence, par la justice, il n'a aucun recours contre ce dernier pour les frais d'entretien.

Dans tous ces exemples, la loi va à l'encontre du principe fondamental de l'enrichissement sans cause.

Refus de l'action en répétition de l'enrichissement sans cause contre un possesseur de mauvaise foi

B. — L'art. 596, al. 1^{er}, dispose : « L'usurpateur ne doit aucune indemnité à titre de loyer pour la jouissance qu'il tire de la chose usurpée, à moins qu'il ne s'agisse d'un bien appartenant à l'administration

des fondations pieuses ou à un incapable »..., et, pour bien préciser le principe, le texte ajoute l'exemple suivant: « Si quelqu'un habite dans un immeuble appartenant à autrui sans avoir été autorisé, il ne doit aucune indemnité à titre de loyer » (1).

D'autre part, l'art. 549, al. 1^{er}, dispose également que, dans un contrat de location entaché de nullité absolue (bâtil), le preneur n'est tenu d'aucune indemnité, en raison de la jouissance qu'il tire de la chose louée, à moins qu'il ne s'agisse d'un bien faisant partie du patrimoine des fondations pieuses ou d'un incapable ; auquel cas un loyer arbitré par des experts est dû par le preneur.

Rapprochons de ces textes, avant de conclure, les dispositions suivantes : l'art. 903 décide que : « Les produits de la chose usurpée sont au propriétaire et, si l'usurpateur les consomme, il en doit rembourser la valeur.

L'art. 412 déclare : quiconque fait usage de la chose d'autrui sans avoir été autorisé, doit payer un loyer arbitré par des experts, si la chose est un objet de location par destination ou s'il s'agit d'une maison de rapport (2).

(1) Signalons que, par contre, la perte de la chose usurpée est à la charge de l'usurpateur, même si elle se produit par cas fortuit, et ce dernier n'est pas admis à démontrer que la chose aurait péri même si elle s'était trouvée entre les mains du propriétaire.

(2) Aux termes de l'art. 417 est considéré comme maison de rapport par destination, un local qui a été bâti pour être loué ou, qui, sans avoir été bâti dans ce but, a été loué pendant trois années consécutives.

L'art. 598 dispose: « Quiconque se sert de la chose d'autrui ayant un juste titre, ne doit aucune indemnité pour avoir joui de cette chose, même s'il s'agissait d'un objet de location par destination. » Et le texte, pour mieux préciser la règle énoncée, ajoute l'exemple suivant: « Primus, se croyant propriétaire d'un moulin, l'aliène par un acte, à titre onéreux, à Secundus; après un certain délai pendant lequel Secundus se comporte en maître, Tertius revendique le moulin et évince judiciairement l'acquéreur. Dans ce cas, Tertius ne peut réclamer aucune indemnité à titre de loyer, car la jouissance de Secundus est fondée sur la croyance dans la légitimité de son titre ».

Du rapprochement de ces quelques textes, nous pouvons déduire les règles suivantes :

1° Que le droit ottoman n'accorde l'action en répétition de l'enrichissement sans cause contre le possesseur de mauvaise foi que lorsque celui-ci s'enrichit par la consommation des fruits naturels de la chose possédée. Par conséquent, la personne lésée ne dispose d'aucune action lorsque le possesseur de mauvaise foi s'enrichit en bénéficiant simplement de l'usage de la chose sans en entamer la matière.

Ali Haïdar ajoute que l'action est refusée au propriétaire même si le possesseur de mauvaise foi (l'usurpateur) fait jouir un tiers moyennant un loyer (1). Ce loyer reste acquis au possesseur de mauvaise foi.

1) *Op. cit.*, T. II, p. 839.

2° Que l'exercice de l'action en restitution d'un enrichissement contre le possesseur de mauvaise foi est subordonné à l'existence d'un contrat tacite (c'est le cas des biens appartenant aux fondations pieuses, aux mineurs orphelins et aux aliénés).

3° Que le possesseur de bonne foi qui croit à la légitimité de son titre, ne peut pas être poursuivi par l'action en répétition de l'enrichissement sans cause, à moins qu'il ne s'agisse des biens appartenant aux fondations pieuses ou à un incapable. L'exception établie dans l'intérêt de ces deux catégories de personnes, l'une juridique, l'autre physique, est générale, et s'applique à l'encontre du possesseur de bonne comme du possesseur de mauvaise foi.

Pour justifier la distinction entre la jouissance des fruits civils et des fruits naturels, les commentateurs invoquent deux arguments :

Premier argument. — Ils s'appuient d'abord sur la théorie du bien mutékavim, que nous avons étudiée précédemment (1). La jouissance, se produisant moment par moment, n'est pas susceptible, disent-ils, de possession directe, et ne peut, par conséquent, comporter aucun dédommagement de la part du possesseur de mauvaise foi (2). On aperçoit clai-

(1) V. *supra*, p. 103 et s.

(2) V. Atif, *op. cit.*, hv. III, p. 126 ; Ali Haïdar, *op. cit.*, T. I, p. 350.

rement par là qu'ils confondent le droit de propriété avec le droit de possession ; en d'autres termes, ils ne conçoivent pas le droit de propriété sur la jouissance, parce que celle-ci n'est pas susceptible d'être possédée matériellement.

Quant à la solution exceptionnelle donnée en ce qui concerne le patrimoine des fondations pieuses et des incapables, elle a été adoptée, disent-ils, par les jurisconsultes postérieurs aux fondateurs des quatre écoles, par voie de l'Istihsân et par dérogation au principe, pour mettre fin aux abus et empiètements commis contre les biens de ces derniers, abus qui avaient commencé à devenir de plus en plus fréquents dans la société de leur temps (1).

Il en est de même, disent les commentateurs, en ce qui concerne le contrat de bail et le louage des choses ; c'est par dérogation à la règle du bien mutékavim et en raison du besoin impérieux (Zarouret), que le droit d'usage fait l'objet d'un acte juridique valable, autrement dit, le contrat de bail est un acte juridique, exceptionnellement autorisé par le Droit Sacré, et cette exception n'est pas susceptible de s'étendre à d'autres cas.

Deuxième argument. — A l'appui de la règle qui dispense le possesseur de mauvaise foi de payer la

1 V. Ali Haidar, *op. cit.*, T. 1, p. 950.

valeur de la jouissance d'une chose usurpée, les commentateurs citent unanimement le texte de l'art. 86. Aux termes de ce texte, le risque de perte d'une chose exclut une indemnité en raison de la jouissance que l'on tire de cette chose. Or, le possesseur de mauvaise foi est responsable de la perte fortuite de l'objet usurpé. En conséquence, il ne doit aucune indemnité s'il bénéficie de la jouissance (1).

Pour justifier les termes de l'art. 86, les juristes mahométans se livrent à un raisonnement subtil qui ne manque pas d'originalité, mais ils mettent cependant de côté la notion d'équité : ils font intervenir à ce sujet l'idée d'un droit de propriété fictif en faveur du possesseur de mauvaise foi. Du moment, disent-ils, que la chose est à ses risques et que, en payant la valeur au cas de perte, il est censé en acquérir la propriété rétroactivement au moment de l'entrée en possession, le possesseur de mauvaise foi est, par conséquent, virtuellement propriétaire à partir de ce moment et il est censé retirer la jouissance de son bien propre. C'est bien le triomphe de la scolastique juridique sur les principes d'équité.

Quant aux fruits naturels, ils sont issus de la substance de la chose, leur consommation équivaut à une perte partielle. Aussi, le propriétaire lésé peut-il en réclamer la valeur au possesseur de mauvaise foi (art. 903).

1 V. Ali Haïdar, T. 1, p. 950; Atif bey, liv. 1, p. 95.

Refus de l'action « de in rem verso » en cas de paiement effectué sans mandat pour le compte d'autrui.

C. — Citons d'abord deux textes fondamentaux relatifs à cette hypothèse :

L'art. 1506 dispose : Si Primus invite Secundus à payer la dette qu'il a contractée envers Tertius ou vis-à-vis du fisc, Secundus peut se retourner contre Primus après avoir payé la dette, même si ce dernier n'a pas ajouté à l'invitation du paiement la clause de retour.

D'après l'art. 657 : Si Primus invite Secundus à cautionner la dette qu'il a envers Tertius, Secundus peut se retourner contre Primus après avoir effectué le paiement de la dette.

Les commentateurs, se fondant sur ces deux textes, concluent que le seul fait d'avoir effectué un paiement pour le compte d'autrui ne fait naître aucune action au profit du tiers payeur, même si ce tiers n'a pas obéi à une pensée de libéralité (1). Il faut, pour pouvoir exercer un recours contre le débiteur libéré, en avoir reçu un « ordre » de paiement. Il est à remarquer que le recours s'exerce dans ce cas quant à la somme déboursée seulement, mais non quant aux garanties dont la créance pouvait être fortifié ; autrement dit, le tiers payeur n'est pas su-

1 V. Haublar, T. III, p. 940, et Aulif, liv. IV, p. 32.

brogé à tous les droits du créancier payé, car la subrogation n'est autre chose que l'achat d'une créance; or, une créance ne peut pas être, en principe, l'objet d'une aliénation valable en droit musulman. Haïdar Effendi, à propos de l'art. 657, enseigne que (1) : « La caution qui, sur l'ordre du débiteur, paye un dette^r garantie par un nantissement, exerce un simple recours et ne peut, dans aucun cas, réclamer la remise du dit nantissement entre ses mains. »

L'ordre de paiement pur et simple donné par le débiteur n'est pas toujours suffisant pour faire naître l'action *de in rem verso* au profit du tiers payeur. Cet ordre doit être, dans certains cas, accompagné d'une clause de recours. C'est ce qui ressort de l'article 1509, qui est ainsi conçu : « Si Primus donne à Secundus l'ordre de remettre à Tertius une somme à titre de prêt ou de libéralité, Secundus ne peut se retourner contre Primus que lorsque l'ordre précité se trouve accompagné d'une clause de retour. A défaut de cette clause, aucun recours ne pourra être exercé, à moins que le recours ne résulte des usages, ainsi que le cas se présente lorsque Tertius, bénéficiaire du paiement, fait partie de la famille de Primus ou se trouve son associé. »

En conséquence, si l'ordre donné par une per-

1. V. T II, p. 112.

sonne à une autre, à l'effet d'effectuer un versement à un tiers, n'a pas pour but d'éteindre une dette préexistante, mais tend simplement à réaliser un prêt ou une libéralité, la clause de retour est nécessaire en principe pour l'exercice du recours de la part du payeur contre la personne qui a émis l'ordre (1).

Pourquoi le droit civil ottoman rejette-t-il dans tous ces cas que nous avons exposés, le principe de l'enrichissement sans cause ? On sait que les Arabes, à l'origine, menaient une vie nomade. Les habitudes et les usages de la vie nomade ont fait des Arabes un peuple se plaisant dans l'indépendance absolue. C'est, sans doute, à ce caractère indépendant que l'on doit rattacher la méconnaissance du principe de l'enrichissement sans cause. L'indépendance des mœurs arabes s'est traduite dans les institutions par une indépendance juridique qui va jusqu'à méconnaître certains rapports d'interdépendance que les faits sont susceptibles de créer entre les hommes. S'il est tout à fait logique et naturel que ces règles fussent au début de l'Islam le reflet des habitudes arabes, il est admissibles, de les appliquer aujourd'hui à une société qui a évolué, et dont les aspirations économiques et sociales sont tout à fait différentes de celles des Arabes primitifs.

1 V. Haïdar, T. III, p. 946.

De nos jours, dans tous les pays, même chez les peuples qui ont fait de la liberté une devise nationale, le champ d'application de la théorie de l'enrichissement sans cause tend à s'élargir. Partout, un système juridique, plus près des réalités pratiques, s'inspirant de plus en plus des données de l'économie politique, tend à se former.

CHAPITRE IV

De la divisibilité de l'aveu

En droit musulman, un aveu ne fait pas foi de tout son contenu. La doctrine comme la jurisprudence sont unanimes (1) à admettre le principe de la divisibilité de l'aveu, toutes les fois que cet aveu comprend plusieurs déclarations, sans se préoccuper des liens de connexité qui peuvent exister entre elles. Ainsi, un aveu est divisible, même s'il comprend deux faits qui se trouvent dans un *rapport naturel* entre eux (2). L'affirmation d'une personne qui fait un aveu pareil est scindée en deux parties : L'adversaire peut bénéficier de celle qui lui est favorable et rejeter celle qui lui est contraire. Il arrive ainsi, grâce à la divisibilité de l'aveu, à se dispenser du fardeau de la preuve et à le rejeter sur la

(1) V. Mandelstam, *op. cit.*, p. 100 ; Ali Haïdar, *op. cit.*, T. iv, p. 218.

(2) En droit français, bien que l'art. 1356-3^o déclare en termes généraux que l'aveu judiciaire est indivisible, on admet traditionnellement la divisibilité, en cas d'aveu complexe, toutes les fois que les faits contenus dans cet aveu ne sont pas la suite naturelle l'un de l'autre. Par exemple, un débiteur actionné avoue sa dette, mais il prétend l'avoir éteinte par voie de compensation. Ici l'aveu étant divisible, le défendeur devra prouver la créance qui a donné lieu à la compensation.

partie qui fait l'aveu. Prenons un exemple : un défendeur reconnaît avoir emprunté la somme qui lui est réclamée ; mais il prétend s'être libéré par un paiement. Son aveu étant divisible, il est tenu d'apporter la preuve du paiement qu'il invoque. A défaut de cette preuve, il ne peut que déférer le serment à son adversaire. En effet, l'art. 1632 dispose que celui qui formule une défense est tenu d'en faire la preuve ; s'il n'y parvient pas, il ne peut que déférer le serment au demandeur, et si le serment est prêté, le défendeur doit succomber.

Autre exemple : Un vendeur réclame le prix de l'objet livré ; l'acheteur avoue la vente et prétend en même temps avoir versé le prix ; en vertu du principe de la divisibilité de l'aveu, il devra prouver le paiement du prix et, à défaut de cette preuve, il ne pourra que déférer un serment au vendeur.

Le vendeur n'aura donc pas à établir sa créance et, en prêtant serment, il pourra obtenir un second versement du prix.

Par application de ce principe également, un commerçant qui produit ses livres devant un tribunal de commerce sera reconnu débiteur des sommes figurant à son débit. Il ne pourra, par contre, invoquer en compensation le compte figurant sur la page du crédit. Cette solution va donc à l'encontre de l'article 1330 du Code civil français aux termes desquels : les livres des marchands font preuve contre

eux, mais celui qui en veut tirer avantage ne peut les diviser en ce qu'ils contiennent de contraire à sa prétention. »

Grâce à la divisibilité de l'aveu, on aboutit, en droit musulman, à intervertir la position des parties et à déplacer la charge de la preuve, ce qui, en pratique, peut donner lieu à des conséquences injustes. En effet, un débiteur qui a déjà payé sa dette et qui dira la vérité devant le juge, sera rendu victime de sa bonne foi, s'il n'a pas eu la prudence de se procurer une preuve au moment où il a effectué le paiement.

Or, permettre à l'une des parties engagées dans un procès de scinder la déclaration de son adversaire pour prendre seulement une partie, c'est prêter aux paroles qui constituent l'aveu un sens autre que celui que l'auteur de cet aveu a voulu leur donner.

Haïdar Effendi (1) attache au principe de la divisibilité de l'aveu des conséquences rigoureuses. On va s'en rendre compte par les exemples suivants :

1^o Primus réclame de Secundus 10 livres sur une créance de 15 livres, dont il déclare avoir déjà reçu le surplus. Sur cette déclaration, Secundus dénie toute la créance. Or, si, sur cette dénégation, Primus ne parvient pas à faire la preuve de sa créance,

(1) V. *op. cit.*, T. IV, p. 219.

Secundus peut obtenir la restitution des 5 livres que Primus avait déclaré avoir reçues.

2° Primus avoue avoir reçu le paiement d'une somme qu'il avait versée à Secundus à titre de prêt ou à un autre titre quelconque. Si Secundus dénie sa dette, il peut obtenir la restitution de la dite somme, au cas où Primus ne pourrait prouver sa créance.

HYPOTHÈSE D'UN BILLET CONTENANT L'INDICATION D'UNE FAUSSE CAUSE

Comme suite au principe de la divisibilité de l'aven, nous allons signaler quelques cas qui constituent de graves dérogations à la marche générale des preuves.

Analysons d'abord l'art. 1589, relatif au billet contenant l'indication d'une fausse cause. En vertu de ce texte, un débiteur actionné en paiement d'une somme d'argent n'est pas admis, contrairement à la règle suivie en droit français, à établir que la somme qu'il déclare avoir reçue aux termes du titre produit par son créancier ne lui a pas été versée. Il peut seulement déférer un serment à son créancier. Et, si ce serment est prêté, le débiteur succombe fatalement.

Cet article est fondé sur l'opinion isolée de l'Imam-i-Ebou-Youssouf, qui accordait à un débiteur poursuivi, par voie de l'Istihsân seulement, le droit

de déferer un serment à son créancier. L'opinion de l'Imam-i-Ebou-Youssouf a été combattue par les autres jursiconsultes, qui considèrent que l'aveu produit un effet absolu et ne comporte ni la preuve du contraire, ni la possibilité de déferer le serment de l'art. 1589 (1).

HYPOTHÈSES OÙ UN AVEU PEUT ÊTRE DÉTRUIT
PAR UN SERMENT

L'art. 1774 porte que : « Tout consignataire est reconnu fidèle dans son affirmation, s'il prête un serment à l'appui de cette affirmation. En vertu de cette règle, dans une action en restitution d'un dépôt se trouvant entre les mains d'un dépositaire, on ne peut déferer à celui-ci que le serment, s'il allègue qu'il a restitué ce dépôt ; cependant, le dépositaire peut, s'il veut éviter le serment, établir son affirmation par un autre moyen de preuve ».

Le Tribunal de Commerce mixte de Constantinople a rendu un jugement par application du texte précité : (jugement du 2 avril 1900, aff. Hadji Yauvan-Élias-co (2)). Un banquier ou un commissionnaire qui détient l'argent de son commettant, pourra ainsi, en prêtant serment, détruire la force probante des reçus

(1) V. Haïdar, T. iv, p. 236.

(2) Mandelstam, *op cit.*, p. 103.

qu'il aura délivrés relativement aux dépôts se trouvant entre ses mains.

L'article 1774 a une portée plus générale, car il ne vise pas seulement le dépositaire, il s'applique aussi aux commodataires (1).

En conséquence, un commodataire qui prétend avoir restitué l'objet qui lui a été prêté, verra son affirmation acceptée, s'il prête un serment. Le commodataire est libre, cependant, d'établir la restitution par un autre moyen de preuve.

L'article 1774 est applicable également aux mandataires, aux locataires, ainsi qu'aux rapports entre associés, en ce qui concerne la perte ou la restitution des objets se trouvant entre leurs mains.

En effet, aux termes de l'article 1463, le mandataire, à l'effet de vendre ou d'acheter un objet, de payer ou de recouvrer une créance, de recevoir tradition d'un corps certain, est assimilé au dépositaire ; tout ce dont il se trouve détenteur, en qualité de mandataire, constitue un dépôt (2).

Et l'article 606, alinéa premier, ajoute : « A l'expiration du délai de location, la chose louée se trouve comme dans le passé, entre les mains du locataire, en consignment » (3). En conséquence, un preneur

(1) V. Heðdar, T. v, p. 500.

(2) V. Haðdar, T. v, p. 501.

(3) Ibid, T. I, p. 967.

qui prétend avoir restitué l'objet reçu en location ou qui en invoque la perte par cas fortuit, sera cru dans son affirmation s'il prête un serment à l'appui de son allégation.

Citons enfin les articles 1350 et 1413, relatifs aux sociétés. D'après l'article 1350, une valeur sociale qui se trouve entre les mains d'un associé est assimilée à un dépôt. Et l'article 1413 décide également que le capital qui se trouve entre les mains d'un associé commandité est un dépôt.

La critique que l'on peut adresser à l'article 1774, dont les applications présentent de grands inconvénients au point de vue de la sécurité des transactions, se trouve dans l'article 1315 du Code civil français, ainsi que dans les articles 76 et 1632 du Code civil ottoman.

En effet, l'article 1315 qui, quoique formulé à propos des droits de créance, s'applique généralement à tous les droits de créance dispose : « Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver.

Réciproquement, celui qui se prétend libéré, doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation. »

L'art. 76 du Code civil ottoman, d'autre part, déclare : « La preuve incombe au demandeur et le serment à celui qui dénie ». Et l'article 1632 dispose que « celui qui formule une défense est tenu d'en faire la preuve... »

Dans une société qui vient de naître à la civilisation et qui est fondée sur une morale religieuse solide, où le commerce n'existe pas, où l'idéal constant des hommes est de mériter par tous leurs actes la récompense céleste, l'article 1774 peut ne pas présenter de grands inconvénients. Mais, dans un système juridique qui s'applique à une société appelée à devenir de plus en plus réaliste, les effets exorbitants attachés au serment n'ont pas leur raison d'être et donnent lieu, en pratique, à de grandes injustices.

CHAPITRE V

De la prescription

En ce qui touche à la prescription, les dispositions du Médjellé, quoiqu'elles présentent, sur plusieurs points, une analogie frappante avec le droit romain, analogie qui va, quelquefois, jusqu'à l'identité (1),

(1) On constate cette analogie notamment :

1° En ce qui concerne la nature de la prescription. Aux termes de l'art. 1674 la prescription en droit musulman, comme en droit romain, n'éteint pas la créance elle-même, elle rend seulement irrecevable l'action qui en résulte ; de sorte qu'un aveu, de la part de celui qui prétend bénéficier de la prescription, suffit pour en détruire l'effet et rendre l'action du demandeur recevable ;

2° Quant à la nécessité d'être possesseur de bonne foi, le juste titre n'étant pas une condition distincte de la bonne foi ;

3° En ce qui concerne la jonction de la possession en cas de transmission à titre particulier (art. 1671), ou à titre universel (art. 1670) ;

4° Au point de vue de la suspension édictée par faveur pour certaines personnes (les mineurs et les interdits munis, ou non, d'un tuteur, les femmes mariées, les absents), qui se trouvent dans l'impossibilité d'interrompre la prescription qui pourrait courir contre elles (art. 1663, 1664, 1665) ;

5° Quant à l'absence de prescription au profit des possesseurs précaires (locataires, dépositaires, commodataires), qui possèdent en vertu d'un titre les obligeant à restituer la chose au propriétaire (art. 1673).

6° Quant au point de départ de la prescription dans les créances à terme, fixé au jour à partir duquel le créancier peut intenter utilement sa demande (art. 1667).

sont, sur plusieurs points, comprises d'une manière différente par les juristes ottomans.

Citons d'abord l'article 1666, relatif à l'interruption civile de la prescription. Aux termes de cet article, tant qu'un « procès » n'est pas commencé, il n'y a pas d'interruption. Par conséquent, il ne suffit pas de saisir un juge d'une demande et même de lancer contre le débiteur une assignation, pour interrompre la prescription ; il faut, pour cela, que l'instance soit engagée par la comparution de l'adversaire. La doctrine (1), ainsi que la jurisprudence, s'attachent à la lettre du mot « procès » inséré dans l'article 1666 précité. Par application de cet article, dit Mandelstam (2), « la requête introductive d'instance, ainsi que la citation, n'interrompent pas la prescription, la comparution des parties, seule, peut avoir cet effet (jugement du Tribunal mixte de Constantinople de 1903, aff. Karagheusian, Perpignan).

D'autre part, aux termes de l'article 1674, la prescription n'est pas une cause d'extinction d'un droit, son effet se borne seulement à rendre le titulaire de ce droit non recevable dans l'action qu'il intente contre son adversaire. Comme conséquence de cette disposition, le demandeur, qui se voit opposer la prescription devrait pouvoir déférer le serment au défen-

1 V. Ali Haïdar, *op. cit.*, T. IV, p. 289.

2 V. *op. cit.*, T. IV, p. 289

deur, dans le but d'établir que celui-ci n'est réellement pas débiteur. Or, le droit ottoman n'autorise, dans aucun cas, le demandeur à déférer le serment au défendeur qui oppose la prescription (1). Bien plus, au cas où la partie qui invoque la prescription ne parvient pas à en faire la preuve, elle peut demander à son adversaire (au demandeur) de jurer qu'il ignore que le défendeur a possédé en maître, paisiblement, la chose pendant le temps nécessaire à l'accomplissement de la prescription (2).

1 V. Ali Haïdar, T. iv, p. 262.

(2) V. Ali Haïdar, *op. cit.*, T. iv, p. 262

CHAPITRE VI

Le Droit musulman a-t-il subi l'influence du Droit romain ? (1)

Nous avons essayé d'esquisser la théorie des contrats et obligations dans ses applications les plus importantes. Avant d'examiner, dans notre conclusion, la question de savoir si l'on devrait recourir ou non aux systèmes juridiques européens, pour en combler les lacunes, nous voudrions dire quelques mots à propos de l'influence qu'a exercée le droit romain sur la théorie des obligations en droit musulman.

D'après une opinion qui est très répandue parmi les jurisconsultes musulmans, le Droit Sacré n'aurait fait aucun emprunt à la science juridique des nations voisines, et notamment au droit romain. Le droit musulman aurait eu une existence tout à fait indépendante.

Sawas Pacha s'est fait principalement le porte-parole et le défenseur de cette thèse vis-à-vis de ceux

(1) V. Lambert, *op. cit.*, p. 283. V. aussi Van den Berg, les *Réformes législatives en Turquie*, dans la *Revue de dr. intern. et législ. comp.*, T. 28, 1896, p. 248. V. aussi Tarde, *op. cit.*, p. 122.

qui ont soutenu l'opinion contraire. « Il est incontestable, dit-il (1), que les sources de ces deux droits sont diverses et essentiellement différentes. Le droit de Justinien est une œuvre de la raison humaine soutenue dans sa tâche par la morale chrétienne ; le droit de l'Imam-i-Azam est tiré absolument et uniquement de la Parole de Dieu (Coran) et de la conduite de son Prophète (Soumnet). Il n'existe pas une seule disposition, un seul article du Code musulman qui ne soient assis sur l'une ou l'autre de ces deux pierres angulaires de l'édifice législatif de l'Islam. Cette différence de source est indiscutable... »

« Celui qui (2) ne possède pas des notions exactes sur les sources et l'histoire de la loi mahométane est d'ailleurs excusable de croire que le droit islamique a été tout bonnement calqué sur le droit romain. »

« Si je résume dans ce travail, continue l'auteur (3) de l'histoire du droit islamique ; si j'y fais connaître les principes philosophiques généraux et les notions théoriques de justice sur lesquelles repose la législation musulmane, mon seul but n'est pas de faire naître une discussion sur l'opinion admise, qui considère le droit mahométan comme dépendant de

1) V. *Théorie du dr. musul.*, 1^{re} part., p. xxv.

(2) V. Sawas Pacha, *op. cit.*, p. xx.

3) V. *ibid.*, p. xxvii.

celui de Rome. Cette opinion, il est vrai, n'est pas démontrée... »

La thèse, soutenue par Sawas Pacha est à peu près celle des jurisconsultes mahométans. Cependant, nous avons signalé l'analogie frappante qui existe entre les théories juridiques romaines et arabes, en ce qui concerne la prescription (1), la société (2), l'intransmissibilité des droits de créance, etc. Cette analogie se rencontre également à propos d'autres théories, notamment en ce qui concerne les théories du mandat, du gage, de la novation, de la compensation, et enfin en ce qui a trait à certains principes fondamentaux du Médjellé, etc. Si nous n'avons pas développé également ces derniers points, c'est parce que nous nous sommes proposés dans notre travail de tracer l'analyse de la théorie des contrats et obligations quant à certaines de ses applications seulement.

(1) V. *supra*, p. 179.

Bien que les systèmes malikite et hanéfite admettent les prescriptions acquisitives et extinctives, les Chafiïtes et les Hambélites ne connaissent ni l'une ni l'autre de ces deux prescriptions. N'y a-t-il pas là une preuve d'un emprunt fait à la législation d'une autre nation ? « Chez les Turcs il y a une prescription, dit Dareste, qui sans doute a été empruntée par eux à la législation de l'empire grec. Mais les Chafiïtes et les Chiïtes, fidèles aux anciens principes, n'admettent aucune prescription, ni à l'effet d'acquérir, ni à l'effet de se libérer. V. *op. cit.*, p. 61, V. aussi Van den Berg, *Les Réformes législatives en Turquie* dans la *Revue de droit international et de législation comparée*, T. 38, 1896, p. 433.

2) V. *supra*, p. 146.

Le droit romain ou syro-romain était assez puissant au moment de la naissance de l'Islamisme pour attirer sur lui les sympathies des juriscultes musulmans. La loi de la supériorité de la culture a dû, à cette époque, exercer son empire sur les pays arabes. Entre deux grandes nations voisines, il s'est produit un phénomène analogue à celui qui s'accomplit infailliblement entre deux vases communicants. Il serait donc contraire à la loi de la nature et à la raison de croire que le droit musulman, encore à l'état rudimentaire, ait pu évoluer à côté du droit syro-romain sans en subir l'attraction et l'influence, surtout à une époque où les hommes étaient épris d'idées nouvelles et tout disposés à communiquer entre eux.

On pourrait objecter que l'hostilité religieuse qui régnait dans les esprits à cette époque et les guerres continuelles qui en résultaient, créaient une espèce de mur étanche entre les deux systèmes juridiques, romain, d'une part, et musulman de l'autre. Mais, en réalité, la guerre est un moyen de pénétration, un agent propagateur des idées peut-être plus puissant que les communications pacifiques.

Un passage d'Ibn-Khaldoun nous montre suffisamment pourquoi est-on porté généralement à croire que la science des Arabes est un produit uniquement national, alors que toutes les nations qui viennent de naître à la civilisation, profitent naturellement de

l'œuvre des nations plus avancées dans le temps, au même titre qu'une génération s'inspire des idées des générations précédentes. Voici le passage dont il s'agit (1) :

« Mûs par le désir de connaître les sciences des autres peuples ils (les Arabes) firent traduire en arabe les traités qui les renfermaient, et pour réunir ces renseignements nouveaux à leur propre science, ils les remanièrent dans les mêmes moules dont ils s'étaient servis pour façonner leur première spéculation. Ayant dépouillé ces traités de leur vêtement étranger, afin de les habiller à l'arabe, ils firent tant de progrès dans leurs études qu'ils surpassèrent leurs modèles. Dès lors, les originaux de de ces livres, de ces textes en langue étrangère tombèrent dans l'oubli et n'obtinrent pas plus de considération qu'une ruine abandonnée, qu'un nuage de poussière chassé par le vent. » C'est l'aveu indéniable, par lequel un des plus grands savants arabes reconnaît parfaitement que l'Islam a puisé des renseignements dans la science juridique des autres peuples et qu'il n'a pas hésité à lui faire des emprunts. Les vêtements d'emprunt, nous l'avons vu, ne sont pas difficiles à retrouver dans le domaine de la science du droit pour l'œil d'un juriste qui se livre

1) V. Ibn Khaldoun, *op cit*, T. III, p. 304.

à une analyse purement objective du droit musulman.

Citons enfin à l'appui de notre thèse, le témoignage de M. Lambert, qui est un maître dans la science du droit comparé (1) : « L'action de la science talmudique, dit-il, ne s'est pas fait sentir seulement pendant la phrase patriarcale de l'Islamisme ; elle a pris plus d'énergie peut-être après les premières conquêtes à l'époque où se développèrent les grandes écoles juridiques. C'est, en partie, grâce à elle qu'ont pu se produire les phénomènes si souvent signalés, de pénétration des principes du droit romain dans la jurisprudence islamique. Sans doute, l'influence du droit romain s'est, dans une assez large mesure, exercée directement — par exemple, — en ce qui concerne la matière des obligations, — soit dès le début, soit surtout à partir du moment où des rapports quotidiens d'affaires, où une communauté durable de vie sociale se sont établis en Syrie, en Palestine, en Egypte, entre les Arabes et les populations habituées depuis longtemps à la pratique du droit romain. Mais le plus souvent, ce fut par l'intermédiaire de la jurisprudence talmudique que s'opéra la propagation des conceptions romano-byzantines au travers du droit musulman. » Et ailleurs, le même

1 V. *op. cit.*, p. 282 et s.

auteur dit (1) : « Les coutumes préislamiques des Arabes présentent le plus souvent une parenté frappante avec les institutions décrites dans les coutumiers de l'Ancien Testament. Cela est particulièrement visible pour les règles concernant l'organisation de la famille et les formes ou les conditions du mariage, le régime successoral, l'esclavage, le droit pénal et l'exercice de la vengeance privée. »

Après avoir mis en relief les lacunes du Médjellé, nous avons souligné la question de l'influence romaine sur le droit arabe, afin d'arriver, dans cette conclusion, à l'idée que la théorie des obligations est loin d'avoir un caractère purement national et religieux, et qu'il est aisé, par conséquent, de la compléter ou plutôt de la refondre entièrement en ayant recours à sa source naturelle, c'est-à-dire au droit romain, tout en tenant compte, d'une part, du perfectionnement auquel il est arrivé au cours de son évolution en Occident, et, d'autre part, de certaines modifications qu'imposent les exigences du milieu oriental.

1. V. *op. cit.*, p. 279.

CONCLUSION

Dans notre exposé, un peu sommaire, de la théorie des contrats et obligations, nous avons essayé de mettre en relief les imperfections et les lacunes du Médjellé. Nous avons vu qu'il se trouve plus d'une fois en désaccord avec les théories du droit moderne. Malgré les efforts que les préteurs musulmans des premiers siècles de l'Hégire ont fait pour mettre le Droit Sacré au niveau des exigences nouvelles, le droit profane n'a jamais pu le supplanter franchement et complètement. Le droit musulman, dans beaucoup de ses dispositions, est resté jusqu'à nos jours enveloppé dans la morale religieuse et entouré d'une sorte de sanction spirituelle. Ses dispositions ont, en général, un caractère impératif et absolu, sans qu'un intérêt d'ordre public soit en jeu. La volonté des parties dans un contrat est impuissante de les écarter par une stipulation contraire, alors que toutes les dispositions légales en matière de contrats et obligations — sauf celles qui ont un caractère d'ordre public — ne sont autre chose que la volonté présumée des parties.

« Le principe de la liberté de la volonté, dit

Ihéring (1), doit dominer toute la matière du droit privé. Tout ce que veulent les individus doit être permis, sauf si l'ordre public ou les bonnes mœurs s'y opposent. Jamais il ne faut repousser une opération juridique uniquement parce qu'elle est contraire aux principes juridiques. »

Malgré que, conformément à cette idée, toutes les législations modernes consacrent le principe de la liberté des conventions, les dispositions impératives du Médjellé empêchent très souvent de consulter l'intention des parties dans les contrats.

Nous avons constaté que le Médjellé renferme beaucoup de théories qui sont le reflet des mœurs primitives des Arabes, mais qui n'ont plus leur raison d'être dans un système juridique appliqué à une société qui a déjà évolué et dont les aspirations économiques et sociales sont tout à fait différentes de celles des anciens Arabes. Le maintien de ces dispositions archaïques dans le Médjellé a pour résultat de rendre juridiquement impossibles une foule d'opérations commerciales qui seraient parfaitement valables en droit moderne.

D'autre part, nous avons vu qu'avec ses constructions rigides, il s'éloigne, dans beaucoup de cas, de

(1) V. *Etudes complémentaires de l'esprit du droit romain*, traduction Meulenaere, iv, *Mélanges* (1902), V, aussi Capitant, *Introduction à l'étude du droit civil*, p. 36.

l'équité, alors qu'à la base de toute disposition législative et de toute décision de jurisprudence, doit se trouver le principe d'équité. Ainsi, le possesseur de mauvaise foi ne doit la valeur des fruits consommés que lorsqu'il s'agit des fruits naturels, et il ne doit pas l'équivalent, lorsqu'il s'agit des fruits civils ou de la jouissance d'un bien meuble ou immeuble. Le critérium sur lequel est fondée cette distinction, n'a rien de juridique.

Nous avons démontré également que dans beaucoup de solutions, le Médjellé oubliant le principe d'équité, rejette l'action *de in rem verso*, fondée sur l'enrichissement sans cause, qu'il admet le principe de la divisibilité de l'aveu et qu'il intervertit ainsi le rôle des parties dans un procès, sans tenir compte des conséquences injustes qui peuvent en résulter.

Par un abus de logique, il va aussi, dans bien des cas, à l'encontre des nécessités pratiques. Il en est ainsi notamment en ce qui concerne l'inaliénabilité des droits de créance, l'incessibilité de la part d'intérêt dans une société commerciale ou industrielle, l'interdiction légale de faire dans une société des apports consistant en créances, en crédit, en marchandises ou en immeubles, l'indivisibilité des créances conjointes non encore réalisées.

Nous avons constaté que le Médjellé s'oppose aussi à l'idée de spéculation et qu'il entre, par conséquent, en lutte avec l'esprit de commerce, qu'il ne protège

pas suffisamment le vendeur non payé et, d'une manière générale, tous les créanciers ; qu'il s'oppose par là au développement des opérations à crédit ; enfin, qu'il ignore la maxime : « En fait de meubles, possession vaut titre », et qu'il permet, par conséquent, la revendication des meubles, d'une façon générale ; qu'il ne connaît pas non plus la subrogation ni la stipulation pour autrui ; en un mot, qu'il est impossible de retrouver dans le Médjellé toutes les institutions juridiques occidentales.

Ces lacunes et ces imperfections se présentent avec un caractère d'autant plus grave que le Médjellé constitue la loi supplétive du Code de commerce, qui, lui-même, est incomplet. En effet, ce Code ne renferme aucune disposition sur la vente commerciale, le chèque, le compte courant, le mandat commercial, le contrat d'assurance, le gage commercial et le warrant. Les dispositions du Code de Commerce relatives aux sociétés commerciales sont également incomplètes. Elles n'indiquent pas la nature des apports sociaux, ni la manière dont se dissout la société. Sur tous ces points, il faudra recourir aux dispositions du Médjellé qui ne sont pas en harmonie avec le droit moderne.

Le système juridique musulman était peut-être suffisant pour une époque où la civilisation était à l'état naissant, le commerce et le crédit inexistants ou à l'état rudimentaire. La simplicité du système était

peut-être pour cette époque-là une qualité première; mais aujourd'hui cette simplicité est une gêne pour les transactions et pour le développement du commerce. De nos jours, les organismes sociaux sont compliqués et nécessitent de plus en plus des législations appropriées. N'est-on pas allé même jusqu'à considérer la nature complexe d'un organisme comme le critérium de son caractère relativement perfectionné ?

Pour faire disparaître les lacunes du Médjellé et assurer le triomphe des solutions exigées par les progrès modernes, peut-on compter sur la jurisprudence ? En raison des événements actuels, il nous a été malheureusement impossible de faire mieux ressortir le rôle de la jurisprudence en citant un plus grand nombre de décisions judiciaires, mais les quelques arrêts et jugements que nous avons pu invoquer à l'appui de nos développements, peuvent donner une idée de l'esprit et de la valeur scientifique de la jurisprudence (1). Le caractère sacré et inflexible des dispositions législatives tiennent plus de place dans les conceptions des juges que l'idée de justice, ou plus exactement, dans leur pensée, ces dispositions sont elles-mêmes une source d'équité et ne peuvent, par conséquent, être contraires à l'équité.

(1) Les commentateurs du Médjellé ne citent jamais de jurisprudence à l'appui des opinions qu'ils exposent.

Certes, il existe des magistrats qui ne font pas vivre le droit d'abstractions et de préjugés juridiques, qui s'inspirent dans leurs décisions uniquement des considérations de justice et qui font fléchir les principes immuables devant les réalités pratiques. Mais combien sont rares ces magistrats d'élite ; ce ne sont que des exceptions qui confirment la règle.

Il ne reste donc que la voie législative pour perfectionner et séculariser le système juridique du Médjellé. Pour rompre avec l'esprit théocratique de ce système, esprit qui constitue la principale entrave au développement du droit et à la transformation de la jurisprudence en un art, et enfin, pour arriver à construire un système juridique homogène avec le Code de Commerce, le Code de procédure, le Code pénal et les autres lois et règlements d'origine occidentale, il ne reste qu'à emprunter aux législations latines toute la théorie relative aux contrats et obligations, en tenant naturellement compte de certaines modifications qu'imposent les exigences du milieu oriental. Nous ne pouvons que signaler ici les avantages d'ordre économique et politique qui résulteraient de l'accomplissement d'une pareille réforme.

Le Médjellé ne pourra pas échapper finalement à l'attraction de la théorie des obligations romaine, pas plus que le Code civil allemand n'a pu éluder cette attraction, malgré les efforts que la première Commission de rédaction a faits pour éviter l'influence

du Code Napoléon. « Plusieurs institutions françaises et plusieurs solutions juridiques françaises, dit M. Saleilles (1), ont forcé l'entrée du nouveau Code civil allemand, qui a voulu faire œuvre de pénétration et de progrès. » Rien ne peut donc résister à l'idée de justice et de progrès.

La loi de l'évolution ne peut pas être retardée indéfiniment dans sa marche. Nous avons vu que l'Égypte, ainsi que tous les pays musulmans, soumis à la domination ou à la tutelle des Grandes Puissances, ont suivi cette loi et adopté un système juridique européen. Dans tous ces pays, la loi sacrée n'a conservé son empire qu'en ce qui concerne le statut personnel seulement. Le phénomène de sécularisation progressive de la juridiction apparaît dans ces nations non comme conséquence nécessaire de la tutelle européenne, mais comme un mouvement spontané imposé par des besoins nouveaux, mouvement qui avait déjà commencé avant l'établissement de cette tutelle.

Les pays qui se sont détachés successivement de l'Empire Ottoman au cours du siècle dernier, ont suivi également la même loi. Partout la réforme de la législation a donné des résultats on ne peut plus satisfaisants ; la sécurité des transactions civiles et

(1) V. *Introduction à l'étude du droit civil allemand*, p. 121.

commerciales, le développement du crédit, la prospérité économique ont été, entre autres, les effets immédiats de cette réforme.

Nous avons vu que le dogme de l'immutabilité des normes juridiques est une chimère qui a reçu, au cours du siècle dernier, le démenti le plus formel par l'histoire de la jurisprudence française, ainsi que par l'évolution de certaines institutions juridiques ottomanes. Si chaque génération n'était venue ajouter son contingent de travail à l'œuvre des générations précédentes, l'humanité serait restée ce qu'elle était à l'époque d'Adam. On peut affirmer, sans se heurter à des contestations sérieuses, que, si le Prophète vivait de nos jours, il aurait procédé lui-même à la sécularisation et au perfectionnement du système juridique actuel, en constatant les progrès modernes de l'industrie, du commerce, ainsi que le développement des moyens de communication avec toutes ses conséquences. Du reste, Mahomet n'a-t-il pas conseillé lui-même, par ses actes et par ses paroles, de suivre la loi du progrès ? Par conséquent, la réforme radicale du Médjellé, loin d'être contraire au dogme enseigné par Mahomet, apparaît comme une œuvre commandée par l'esprit même de ce dogme et par la conduite du Prophète. Il y a donc lieu d'inaugurer en Turquie également une ère nouvelle pour la vie juridique de la nation, de ne pas résister plus longtemps au grand courant de la jurisprudence

européenne et d'emprunter à celle-ci l'énergie vitale qui est d'autant plus nécessaire à la jurisprudence ottomane, qu'elle constitue « l'âme » de la science du Droit.

Vu :
Le Président,
ALBERT WAHL.

Vu :
Le Doyen,
F. LARNAUDE.

Vu et permis d'imprimer :
Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

BIBLIOGRAPHIE

- ANDRÉ MANDELSTAM. — La justice ottomane dans ses rapports avec les puissances étrangères, 2^e édit., Paris, Pedone, 1911.
- ALI HAÏDAR EFF. — Commentaire du Code civil ottoman, 5 vol., Constantinople, 1330.
- ATIF BEY. — Commentaire du Code civil ottoman, Constantinople, 1318.
- ARISTARCHI BEY. — Législation ottomane, 7 vol., dont les deux derniers contenant le Code civil ottoman traduits par NICOLAÏDES, Constantinople.
- CAPITANT. — Introduction à l'étude du Droit civil, 2^e édit., Paris, Pedone, 1904.
- COLIN et CAPITANT. — Cours de Droit civil.
- CHARMONT. — La Renaissance du Droit naturel, Paris, Masson et Cie, 1910.
- DARESTE. — La science du Droit en Grèce, Paris, Larose, 1893.
- DARESTE. — Etudes d'histoire du Droit, Paris, Larose et Forcel, 1889.
- EDOUARD LAMBERT. — La fonction du Droit civil comparé, Introduction, Paris, Giard et Brière, 1903.
- ESMEIN. — Un traité de Droit syro-romain du V^e siècle dans ses Mélanges d'histoire du Droit.
- ESMEIN. — Etude sur les contrats dans le très ancien Droit français, Paris, Larose et Forcel, 1883.
- FUSTEL DE COULANGES. — La Cité antique, 2^e édition, Paris, Hachette, 1912.
- FRÉDÉRIC PELTIER. — Çahih d'El-Bokhari, Alger, 1910.
- FRÉDÉRIC PELTIER. — Mouwata de Malik, Ben Anas, Alger, 1911.

- GIRARD. — Manuel élémentaire de Droit romain, 4^e édit., Paris, Rousseau, 1906.
- GEOUFFRE DE LAPRADELLE. — Contentieux administratif, cours de doctorat enseigné en 1911-1912.
- HOUDAS et MARTEL. — Traité de Droit musulman, Alger, Gavault-St-Lager.
- HOUDAS. — L'Islamisme, Paris, Dujarric et Cie, 1904.
- IBN-KHALDOUN. — Prolégomènes, traduction de SLANE, 3 vol., Imprimerie Nationale.
- Le Code Civil*, Livre du Centenaire, 2 vol., Paris Rousseau, 1904.
- MAHMOUD ESSAD. — Cours de Droit civil enseigné à la Faculté de Droit de Constantinople.
- MORADJA D'OHSON. — Tableau général de l'Empire Ottoman, Paris, 1788.
- MIRZA KASSEM. — Origine et développement de la loi musulmane, *Journal Asiatique*, 1850, 4^e série, tome 15.
- OMAR LOUTFY. — Action pénale en Droit musulman, Paris, Marchal, 1897-1899.
- OSTROG. — El-ahkam es-Soulthâniya, Traité de Droit public musulman d'El-Mâwerdî.
- PLANIOL. — Droit civil, 5^e édition, Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Pichon, 1910.
- PAUL COLLINET. — Etudes historiques sur le Droit de Justinien, tome I, Paris, Larose et Tenin, 1912.
- RAYMOND SALEILLES. — Introduction à l'étude du Droit civil allemand, Paris, Pichon, 1904.
- RAYMOND SALEILLES. — Etude sur la théorie générale de l'obligation d'après le premier projet de Code civil pour l'Empire Allemand, 3^e édit., Paris, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Pichon, 1914.
- REINACH, PUECH, ANATOLE LEROY-BEAULIEU, CARRA, DREYFUS. — Religions et sociétés, leçons professées

- à l'Ecole des Hautes-Etudes Sociales, Paris, Alcan, 1905.
- SAVAS PACHA. — Etude sur la théorie du Droit musulman, Paris, Marchal, 1902.
- SAVAS PACHA. — Le Droit musulman expliqué, Paris, Marchal, 1902.
- SAVAS PACHA. — Le Tribunal musulman, Paris, Marchal, 1902.
- SNOUCK HURGRONJE. — Revue de l'histoire des Religions, tome XXXVII, 1898, tome XX, 1889.
- TANON. — L'Evolution du Droit et la conscience sociale, Paris, Alcan, 1905, 2^e édit.
- TARDE. — Les transformations du Droit, 7^e édit., Paris, Alcan, 1912.
- TROPLONG. — De l'influence du Christianisme sur le Droit civil des Romains, 2^e édit., Paris, 1855.
- VAN DEN BERG. — Droit musulman selon le rite hanéfite, Alger, Adolphe Jourdan, 1896.
- VAN DEN BERG. — Les réformes législatives en Turquie. *Revue de Droit international et de législation comparée*, tome XXXVII, 1896.
- WAHL. — Cours de Droit civil enseigné en 1912-1915.
-

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	5

PREMIÈRE PARTIE

Sources du Droit musulman	19
CHAPITRE UNIQUE.....	19
1 ^{re} Source : Le Coran.....	19
2 ^{re} Source : La Sunnah.....	29
3 ^e Source : L'Idjmâ.....	36
1 ^{re} Source : Le Kiyâs.....	39
Les quatre Ecoles en Droit musulman.....	40
Fermeture de la porte de l'Idjtihad.....	46
Immobilisation du Droit français.....	51

DEUXIÈME PARTIE

Théorie des Contrats et Obligations	63
CHAPITRE I ^{er} . — <i>Principales lacunes de la théorie de la vente en Droit musulman</i>	64
CHAPITRE II. — <i>Caractère révocable des engagements en matière de vente et autres principaux contrats du Droit musulman</i>	71
CHAPITRE III. — <i>Théorie de la vente « bâtil » ou absolument nulle, de la vente « mevcouf » ou en suspens, de la vente « faqid » ou illicite</i>	96
Section I. — <i>Théorie de la vente « bâtil » et de la vente « mevcouf »</i>	96
Section II. — <i>Théorie de la vente « faqid » ou illicite</i> ...	119

DEUXIÈME PARTIE

Autres théories en contradiction avec le Droit moderne	129
CHAPITRE I ^{er} . — <i>Du droit de rétention</i>	130
CHAPITRE II. — <i>Effet extinctif de la perte du gage entre les mains du créancier</i>	133
CHAPITRE III. — <i>Protections légales accordées aux vendeurs non payés et aux créanciers en général</i>	139

TROISIÈME PARTIE

Autres lacunes du Code civil ottoman	145
CHAPITRE I ^{er} . — <i>Lacunes en matière de Société</i>	146
CHAPITRE II. — <i>De l'indivisibilité des créances conjointes</i> ..	152
CHAPITRE III. — <i>Théorie de l'enrichissement sans cause</i> ..	159
CHAPITRE IV. — <i>De la divisibilité de l'aveu</i>	171
CHAPITRE V. — <i>De la prescription</i>	179
CHAPITRE VI. — <i>Le Droit musulman a-t-il subi l'influence du Droit romain ?</i>	182
CONCLUSION	189
BIBLIOGRAPHIE	199

